

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La hipoteca flotante

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Fernando Azofra Vegas

Directores

Emilio Díaz Ruiz
Matilde Cuenca Casas

Madrid, 2015

FERNANDO AZOFRA VEGAS

LA HIPOTECA FLOTANTE

TESIS DOCTORAL CO-DIRIGIDA POR LOS PROFS. DRS.

D. EMILIO DÍAZ RUÍZ Y DÑA. MATILDE CUENA CASAS

ÍNDICE

CAPÍTULO I	12
CONSIDERACIONES PREVIAS	12
1. INTRODUCCIÓN	12
2. ANTECEDENTES.....	14
2.1 Génesis legislativa.	17
2.2 La posición de la DGRN anterior a la Ley 41/2007.	29
2.3 Rasgos distintivos.....	44
2.4 La hipoteca flotante y la progresiva tendencia a la descausalización de las garantías reales	53
CAPÍTULO II.....	57
DERECHO COMPARADO	57
1. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO A FAVOR Y EN CONTRA	57
1.1 Sistemas en los que predomina una concepción estricta del principio de accesoriedad.	57
1.1.1 <i>Derecho portugués</i>	<i>57</i>
1.1.2 <i>Derecho italiano.....</i>	<i>60</i>
1.1.3 <i>Derecho brasileño</i>	<i>61</i>
1.2 Sistemas con una visión más laxa del principio de accesoriedad.	62
1.2.1 <i>Derecho americano</i>	<i>62</i>
1.2.2 <i>Derecho francés</i>	<i>65</i>
1.2.3 <i>Derecho alemán.</i>	<i>74</i>
1.2.4 <i>Derecho holandés.....</i>	<i>83</i>
1.2.5 <i>Derecho polaco.</i>	<i>86</i>
1.2.6 <i>Derecho peruano.....</i>	<i>90</i>
1.2.7 <i>Derecho chileno.</i>	<i>92</i>
CAPÍTULO III	98
TIPOLOGÍA	98
1. TIPOLOGÍA	98
CAPÍTULO IV.....	106
ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE	106
1. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE.....	106
1.1 La obligación garantizada.....	106
1.1.1 <i>Matización de los principios hipotecarios de especialidad y accesoriedad</i>	<i>106</i>

1.1.2	Caracteres generales	113
1.1.3	Particular mención a la hipoteca flotante en garantía de créditos tributarios y de la Seguridad Social	122
1.1.4	El “saldo final líquido garantizado”	127
1.1.5	Las implicaciones de la indiferenciabilidad natural de la hipoteca flotante respecto de los supuestos de pluralidad de fincas o mutación jurídico-real de la finca hipotecada	137
1.1.6	La cláusula de globalización.....	139
1.1.7	El derecho de denuncia “pro futuro” en la hipoteca global.....	146
1.1.8	Hipoteca global: la (des)protección de los titulares intermedios	158
1.1.9	La objeción basada en la infracción de la regla de la pars conditio	173
1.1.10	Hipoteca flotante solidaria.....	184
1.2	El acreedor hipotecario	198
1.2.1	La limitación subjetiva del acreedor hipotecario flotante.....	198
1.2.2	¿Cui prodest? ¿Al acreedor hipotecario flotante o al dueño de la cosa hipotecada?	204
1.2.3	El caso particular de la SAREB como acreedor hipotecario flotante	211
1.2.4	La determinación del acreedor hipotecario por mera referencia a su condición de entidad de crédito	215
1.3	El deudor	216
1.3.1	La inexistente delimitación subjetiva del deudor	216
1.3.2	La propensión al sobreendeudamiento y su puesta en relación con la diferente naturaleza de los deudores	217
1.3.3	La utilización de la hipoteca flotante en operaciones de financiación y de refinanciación	221
1.4	El hipotecante no deudor	222
1.5	El plazo	227
1.6	La responsabilidad máxima hipotecaria	238
CAPÍTULO V	245
LA INDIFERENCIABILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE	245	
1. LA INDIFERENCIABILIDAD COMO RASGO NATURAL DE LA HIPOTECA FLOTANTE	245	
2. LA RENUNCIA A LA INDIFERENCIABILIDAD.....	250	
CAPÍTULO VI.....	251	
CESIÓN.....	251	
1. PREVIO. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA O DECLARATIVA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN GENERAL.....	251	
1.1 La posición anterior a la modificación del art. 149 LH mediante la Ley 41/2007	251	

1.2	La posición posterior a la modificación del art. 149 LH mediante la Ley 41/2007	260
2.	LA CESIÓN DEL CRÉDITO Y LA HIPOTECA FLOTANTE.....	263
2.1	Con carácter general	263
2.2	En el caso específico de la hipoteca flotante	268
2.2.1	La cesión de un único crédito presente garantizado por la flotante (de entre varios).....	268
2.2.2	La cesión total o parcial de algunos (pero no todos) los créditos garantizados.....	270
2.2.3	La imposible cesión de la hipoteca al margen de los créditos presentes o futuros garantizados 271	
2.2.4	La cesión total o parcial de los créditos futuros llamados a quedar garantizados.....	273
2.2.5	La cesión de los créditos sin la hipoteca.....	276
2.2.6	La facultad del cedente para distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas para facilitar la cesión.....	277
	CAPÍTULO VII.....	285
	SUBROGACIÓN.....	285
1.	SUBROGACIÓN	285
2.	NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE <i>SOLVENS</i> Y <i>ACCIPIENS</i> SOBRE LA GARANTÍA REAL	290
2.1	Garantías reales separadas	290
2.2	Co-titularidad en la garantía real	291
3.	LA SUBROGACIÓN EN LOS CRÉDITOS SIMPLEMENTE FUTUROS Y EL DERECHO A CONCEDER CRÉDITOS PURAMENTE FUTUROS	293
4.	LA SUBROGACIÓN DEL FIADOR.....	296
5.	LA SUBROGACIÓN DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR O DEL TERCER POSEEDOR.....	299
6.	LA SUBROGACIÓN POR PAGO PARCIAL	301
7.	LA SUBROGACIÓN DEL DEUDOR QUE VENDIÓ LA COSA HIPOTECADA CON RETENCIÓN O DESCUENTO, SIN ASUNCIÓN LIBERATORIA DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR PARTE DEL COMPRADOR	306
8.	LA SUBROGACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO O DEL TERCER POSEEDOR AL TIEMPO DE LA EJECUCIÓN DE UNA CARGA POSTERIOR.....	307
	CAPÍTULO VIII	313
	PLURALIDAD DE ACREEDORES	313

1.	PLURALIDAD DE ACREEDORES EN LA HIPOTECA FLOTANTE..	313
1.1	La incontrovertida admisión de la pluralidad de acreedores en la hipoteca flotante	313
1.2	Hipoteca flotante por capas	314
2.	PLURALIDAD DE HIPOTECAS <i>VERSUS</i> CO-TITULARIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE	316
3.	CO-TITULARIDADES EN LA HIPOTECA FLOTANTE	318
3.1	Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos)	318
3.1.1	<i>Introducción</i>	318
3.1.2	<i>La constitución consensual de comunidades; el caso particular de las comunidades germánicas sobre hipotecas flotantes</i>	322
3.2	Pluralidad de acreedores por créditos distintos.....	335
3.3	Aplicabilidad del artículo 54 del Reglamento Hipotecario	339
4.	LA HIPOTECA FLOTANTE POR CUOTAS VARIABLES	350
5.	LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE A OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA REFINANCIACIÓN O RENOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES PRIMIGENIAMENTE GARANTIZADAS.....	366
6.	EL ACRECIMIENTO DE LOS CO-ACREEDORES HIPOTECARIOS EN LA HIPOTECA FLOTANTE EN COMUNIDAD ROMANA.....	369
	CAPÍTULO IX.....	375
	EJECUCIÓN.....	375
1.	EJECUCIÓN.....	375
1.1	La ejecución en general.....	375
1.2	La ejecución de la hipoteca flotante por el procedimiento de ejecución directa o hipotecaria	377
1.2.1	<i>La compatibilidad del procedimiento de ejecución directo y las hipotecas de seguridad, en general</i>	377
1.2.2	<i>La incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013</i>	383
1.2.3	<i>La compatibilidad del procedimiento de ejecución directo y la hipoteca flotante</i>	387
1.2.4	<i>La determinación unilateral de la deuda por el acreedor.....</i>	391
1.2.5	<i>La hipoteca flotante y el artículo 130 LH.....</i>	402
1.2.6	<i>En todo caso, potenciación de la constancia registral de las causas de vencimiento anticipado en las hipotecas flotantes</i>	417
1.3	Ejecución parcial	424
1.3.1	<i>Consideraciones generales.....</i>	424

1.3.2	<i>La indiferenciabilidad de la flotante como objeción a la ejecución parcial</i>	426
1.3.3	<i>Los reparos para la ejecución parcial de la hipoteca global.....</i>	429
1.3.4	<i>La licitud del pacto de distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas para viabilizar la ejecución parcial</i>	435
1.3.5	<i>El pacto de apoderamiento al acreedor para distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas y viabilizar así la ejecución parcial</i>	445
1.3.6	<i>La ejecución parcial de una hipoteca flotante en ausencia de distribución de responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas.....</i>	446
1.3.7	<i>La ejecución parcial de una hipoteca flotante sobre una pluralidad de fincas.....</i>	458
1.3.8	<i>La prohibición de la ejecución parcial de una hipoteca flotante</i>	459
1.4	Ejecución por el procedimiento extrajudicial	462
1.5	El título ejecutivo y la facultad del acreedor flotante de liquidar la deuda	469
CAPÍTULO X		473
CANCELACIÓN.....		473
1.	CANCELACIÓN	473
2.	CANCELACIÓN VERSUS REUTILIZACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE A FAVOR DE UN NUEVO ACREEDOR A INSTANCIAS DEL DEUDOR.....	475
CAPÍTULO XI.....		481
LA HIPOTECA FLOTANTE Y LOS CONSUMIDORES		481
1.	LA LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES BANCARIOS.....	481
2.	HIPOTECAS FLOTANTES CON CONSUMIDORES.....	482
3.	TRES ASPECTOS PARTICULARES QUE PODRÍAN TENER ESPECIAL INCIDENCIA EN LA HIPOTECA FLOTANTE	488
3.1	La evaluación de la solvencia del deudor y la concesión responsable de crédito	488
3.2	El suministro de la información precontractual normalizada. La inexistencia de obligación de asesoramiento al deudor	491
3.3	La quita o la espera del Código de Buenas Prácticas y la hipoteca flotante	494
4.	UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LOS CONSUMIDORES Y LA HIPOTECA FLOTANTE.....	495
CAPÍTULO XII.....		497
CONCURSO		497

1.	CONCURSO	497
1.1	Clasificación de los créditos garantizados por una hipoteca flotante en el concurso del deudor.....	497
1.1.1	<i>En general</i>	497
1.1.2	<i>Extensión sobrevenida de la cobertura hipotecaria bajo una hipoteca flotante antes de la aprobación de los textos definitivos</i>	501
1.1.3	<i>Extensión sobrevenida de la cobertura hipotecaria bajo una hipoteca flotante después de la aprobación de los textos definitivos</i>	507
1.2	Rescisión concursal de una hipoteca flotante.....	513
1.2.1	<i>Introducción: la rescisión concursal y las garantías reales.....</i>	513
1.2.2	<i>La particular resistencia de la hipoteca flotante ante las acciones rescisorias concursales</i>	517
1.3	Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.....	529
1.3.1	<i>Introducción: los efectos de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación sobre los acreedores financieros.....</i>	529
1.3.2	<i>Sujetos afectados por la homologación judicial de acuerdos de refinanciación</i>	536
1.3.3	<i>La imposición coactiva de la espera al acreedor financiero como excepción al régimen general consensual de la novación de las obligaciones. El carácter necesariamente “preconcursal” de la homologación</i>	545
1.3.4	<i>La excepción: invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real. Delimitación del concepto.....</i>	548
1.3.5	<i>El caso de los acreedores financieros con garantía real en situación de infragarantía</i>	550
1.3.6	<i>El caso de los acreedores financieros con garantía real no ejecutable separadamente</i>	555
1.3.7	<i>Efecto secundario de la homologación: la paralización de ejecuciones singulares</i>	556
1.3.8	<i>La resolución judicial de homologación</i>	569
1.3.9	<i>La impugnación de la homologación</i>	570
1.3.10	<i>Ineficacia sobrevenida de un AR homologado judicialmente</i>	572
1.3.11	<i>La invulnerabilidad del acreedor flotante a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.....</i>	573
1.4	Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de los acuerdos extrajudiciales de pagos	575
1.4.1	<i>Introducción: los efectos de los acuerdos extrajudiciales de pago respecto de los acreedores dotados con garantía real</i>	575
1.4.2	<i>El ámbito objetivo de los AEP: presupuestos legales y prohibiciones</i>	577
1.4.3	<i>El carácter necesariamente “preconcursal” del AEP</i>	580
1.4.4	<i>La paralización de ejecuciones</i>	581
1.4.5	<i>La aprobación del AEP</i>	582
1.4.6	<i>La impugnación del AEP.....</i>	583
1.4.7	<i>El concurso consecutivo</i>	584

1.4.8	<i>La invulnerabilidad del acreedor dotado de garantía real en general</i>	585
1.4.9	<i>El caso particular del acreedor flotante.....</i>	590
1.5	Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de la exoneración de la deuda insatisfecha en el concurso del deudor persona física	591
1.5.1	<i>La invulnerabilidad del acreedor dotado de garantía real en general</i>	591
1.5.2	<i>El caso particular del acreedor flotante.....</i>	594
	CAPÍTULO XIII	596
	LA HIPOTECA FLOTANTE Y LOS TÍTULOS HIPOTECARIOS	596
1.	La hipoteca flotante y los títulos hipotecarios.....	596
	CAPÍTULO XIV	605
	GARANTÍAS MOBILIARIAS FLOTANTES	605
1.	Hipoteca Mobiliaria Flotante. Prenda sin desplazamiento flotante.....	605
	CAPÍTULO XV	608
	CONCLUSIONES	608
1.	CONCLUSIONES	608
2.	MI PROPUESTA DE LEGE FERENDA	621
	ABSTRACT	626
	BIBLIOGRAFÍA	635

LA HIPOTECA FLOTANTE

FERNANDO AZOFRA VEGAS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA. VV.	Varios autores
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJD	Impuesto de Operaciones Societarias, Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (Modalidad Actos Jurídicos Documentados)
AJdM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
Anteproyecto	Anteproyecto de ley de 26 de octubre de 2006, que dio origen a la Ley 41/2007
AP	Audiencia Provincial
AR	Acuerdo de Refinanciación
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BCEHC	Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña
BCRE	Boletín del Colegio de Registradores de España
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BW	Burgerlijk Wetboek (Código civil holandés)
CCc	Código civil chileno
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Circular 4/2004	Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros
CTH	Certificado de transmisión de hipoteca
DA 4. ^a	Disposición Adicional Cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
EDJ	Base de Datos El Derecho Jurisprudencia
F.D.	Fundamento de Derecho
fasc.	Fascículo
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
JdM	Juzgado de lo Mercantil
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 41/2007	Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LHMyPSD	Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
LRLC	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal
LRMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario
PJ	Poder Judicial
Proyecto	Proyecto de ley de 9 de marzo de 2007 que dio origen a la Ley 41/2007
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD 716/2009	Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla determinados aspectos de ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.
Secc.	Sección
SJdM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Introducción

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante, la “**Ley 41/2007**”) introdujo importantes modificaciones en nuestro sistema hipotecario, varias de las cuales desde luego golpean alguno de los dogmas, reales o tenidos por tales, de nuestro Derecho. Se trata de una ley polémica, que cosechó, casi desde antes de su promulgación, aceradas (cuando no sarcásticas) críticas, de algunos colectivos. Colectivos que también pusieron mucho de su parte, durante la tramitación parlamentaria, para que la Ley finalmente aprobada no llegase a ser lo que inicialmente pretendía. En particular, la tasación limitativa del contenido de la inscripción del derecho de hipoteca y la integración completamente extrarregistral del título en la ejecución hipotecaria, que constituirían radicales innovaciones de la propuesta prelegislativa, se fueron aguando a lo largo de proceso normativo. Así, en los primeros borradores de la norma, se pretendía que el registro de la propiedad sirviera para publicitar únicamente la naturaleza de la obligación garantizada y la responsabilidad hipotecaria, de forma que el acreedor hipotecario tuviera que recurrir al título de hipoteca para integrar, al margen del registro, el contenido de su derecho –por ejemplo, en lo que a las causas de vencimiento anticipado se refiere– al tiempo de la ejecución de la garantía. Ésta, que sí que habría sido una drástica evolución normativa, se quedó sin embargo en el camino legislativo, sustituida por la modificación del art. 12 de la Ley Hipotecaria –a la que me referiré más tarde–.

Se ha querido, con alguna simplificación, presentar la eficiencia del sistema hipotecario español (por mantener los tipos de interés consistentemente por debajo de la media europea) como prueba de la calidad (en términos de seguridad) de nuestro sistema registral, en un intento de descalificar las modificaciones propuestas¹.

Es quizá la “hipoteca flotante” la que ha merecido críticas más afiladas². Se ha

¹ CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *La Ley*, jueves 12 de abril de 2007, p. 1. DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *RCDI* n.º 732, julio-agosto 2012, p. 1.852.

² DELGADO RAMOS, Joaquín: “Cómo hundirse con una hipoteca flotante” en *La Gaceta de los*

pretendido sembrar algo de sospecha sobre el objetivo de la norma, como si estuviera más encaminada a proteger a los bancos, que a mejorar y agilizar nuestro honorable sistema hipotecario y registral. Y ello aunque, en las declaraciones programáticas al menos, la Ley pretenda “*la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos*”, “*la mejora de los instrumentos de financiación*”³ o “*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*”⁴.

Otros autores han criticado ciertos resultados de la Ley precisamente por no haberse conseguido que fraguara el objetivo inicial del proyecto de 9 de marzo de 2007 remitido por el Gobierno a las Cortes⁵ (en adelante, el “**Proyecto**”): el desenlace de la Ley en lo referente al contenido de la inscripción de la hipoteca y la anhelada y finalmente frustrada posibilidad de integración extrarregistral de la ejecución hipotecaria⁶. Hay deficiencias claras, como la regulación de la comisión por amortización anticipada de préstamos y créditos hipotecarios (que la Ley bautiza como “*compensación por desistimiento*”), el régimen de modificación de préstamos hipotecarios en perjuicio de titulares registrales posteriores, la modificación de la regulación de la cesión de créditos hipotecarios o las dudas introducidas respecto del gravamen de derechos de crédito que no constituyan valores ni instrumentos financieros⁷. Se ha criticado la Ley por ser extemporánea (por mantener un esquema de cierta continuidad con el modelo existente pese a que se evidenciaban ya al tiempo de su redacción, fuera de nuestras fronteras, los síntomas de lo que luego sería nuestra grave crisis económica y financiera), por ser fruto de una gestación excesivamente prolongada (más de dos años) y no acoger, sin embargo, las últimas tendencias de nuestro entorno respecto de la regulación de los mercados hipotecario europeos (en

Negocios, 15 de enero de 2008; MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 17, enero-febrero 2008, pp. 152 y ss. y CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir...”, *op. cit.*, p. 1. Este último, sin embargo, ha matizado posteriormente la crítica (CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga de la hipoteca*, Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2010, pp. 50-51 y Nota 11).

³ Apartado I del Preámbulo, *in fine*.

⁴ Apartado V del Preámbulo.

⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 127-1, de 9 de marzo de 2007.

⁶ CORDERO LOBATO, Encarna: “Proyectadas novedades en materia hipotecaria”, *AJA* n.º 732, 12 de julio de 2007, pp. 10-12; CARRASCO PERERA, Angel: “Las nuevas hipotecas” en *Expansión*, 2 de enero de 2008; AZOFRA VEGAS, Fernando: “La reforma de la Ley Hipotecaria; las oportunidades perdidas”, *La Ley*, n.º 6909, de 24 de marzo de 2008, pp. 1-5.

⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: “Prenda sin desplazamiento de créditos” en *El Notario del Siglo XXI* n.º 17, enero-febrero 2008, pp. 156 y ss. CARRASCO PERERA, Angel: “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito”, *La Ley* n.º 6867, 23 de enero de 2008, pp. 1 y ss.

particular, el Libro Verde y el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario de la Unión Europea⁸ de 2005 y 2007, respectivamente)⁹. Pero la llamada “hipoteca flotante” es, creo, un logro evidente en ese objetivo de “*facilitar la diversidad de productos ofertados*” que señaló la proposición no de ley de 15 de febrero de 2005 para la modificación del marco hipotecario¹⁰, germen de la Ley 41/2007.

2. Antecedentes

La más relevante de las aportaciones de la Ley finalmente aprobada ha sido la hipoteca flotante. El *Forum Group* y los analistas financieros venían denunciando “*la rigidez que deriva de algunas interpretaciones arcaicas y ultraconservadoras del principio de accesoriedad de la hipoteca que hace extraordinariamente difícil la innovación y creación de nuevos productos*”¹¹. También en el seno de la Unión Europea se había señalado el aumento de la gama de los productos hipotecarios como “*factor esencial para obtener la mayoría de los beneficios que cabe esperar de la integración de los mercados hipotecarios*”.

Se supera en un artículo (el 153 bis de la Ley Hipotecaria) y en escasos seis párrafos toneladas de páginas escritas en artículos, recursos, resoluciones de la DGRN y alguna sentencia sobre la aplicación de los principios de accesoriedad, determinación o especialidad y publicidad al ámbito de la hipoteca global¹². No fue preciso modificar

⁸ Commission of the European Communities, Green Paper on the Integration of the EU Mortgage Credit (presented by the Commission), COM (2005) 327 Final, Brussels 19.7.2005 y Commission of the European Communities, White Paper on the Integration of the EU Mortgage Credit (presented by the Commission) [SEC (2007)] [1683] [SEC (2007)] [1684], Brussels, 18.12.2007, COM (2007) 807 final.

⁹ NASARRE AZNAR, Sergio: “La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas” en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.) y SIMÓN MORENO, Héctor (coords.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid: Ed. Edisofer, 2011, pp. 120-125.

¹⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, n.º 154, de 15 de febrero de 2005.

¹¹ Asociación Hipotecaria Española: “Posición de la AHE sobre el Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia”.

¹² «Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la

nada más. Y nuestro apreciado sistema hipotecario siguió en pie, sin desmoronarse como castillo de naipes, como vaticinaban algunos guardianes de la ortodoxia registral.

Antes de la Ley 41/2007, se había denominado a esta figura “*hipoteca global*” u “*ómnibus*” o, con intención más descalificatoria, “*hipoteca paraguas*”, “*sumidero*”, “*percha*”, “*sábana*” o “*flotante*”. Se trataba de una garantía que se constituía en favor de una pluralidad de obligaciones o relaciones jurídicas, en principio indeterminadas (tanto en el número de ellas, como en cuanto al momento en que podrían constituirse o la cuantía que alcanzarían). En la redacción final del art. 153 bis LH cabe tanto la hipoteca en garantía de una pluralidad determinada de obligaciones (presentes y/o futuras), como de una pluralidad indeterminada (abierta) de obligaciones (presentes y/o futuras) e incluso de una única obligación (presente o futura).

Si va a pasar a ser la flotante la garantía hipotecaria de referencia en la práctica bancaria o no, lo dirá el tiempo. Aventuro que sí, porque la admisión de la hipoteca flotante ha sido la consecuencia ineludible de la presión de la práctica mercantil, del signo de los tiempos. Aunque el tiempo transcurrido desde su introducción en la Ley 41/2007 no ha permitido aún probar toda su potencialidad. Y no por su brevedad, sino porque ha coincidido con una de las etapas de mayor contracción del crédito que ha sufrido nuestro país, que aún se prolonga. En esa situación de crédito escaso, es justo reconocer que la hipoteca flotante no ha sido abiertamente utilizada como garantía en nuevas operaciones bancarias¹³, pero sí en el contexto de las refinanciaciones de deuda tan habituales desde finales de 2008 hasta la actualidad.

Aunque la discusión sobre la admisión o no de la hipoteca flotante está patente desde el primer tercio del pasado siglo (con algunas resoluciones de la DGRN y sentencias del TS al respecto, como más adelante apuntaré), ha sido a partir de los años 80 cuando ha pasado a desatar encendidas discusiones al no conformarse el crédito profesional con la (entendida) imposibilidad de utilizar un inmueble como garantía de una panoplia de relaciones jurídicas existentes entre un deudor y un banco, más o menos

liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

¹³ “La movilización del patrimonio, tanto por vía de las hipotecas flotantes, como de las inversas, requiere un periodo largo de maduración de la oferta y de la demanda que la actual coyuntura económica no incentivará”, Informe del Presidente a la Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española de 25 de junio de 2008, p. 14. [en línea] <<http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2008/06/25/3141.pdf?version=1>> [consulta: 19 de enero de 2014].

determinadas, y tener que suplirlo con una antieconómica secuencia de constituciones y cancelaciones de hipotecas separadas.

Con amparo en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación. Vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, a su entera discreción, realizar el bien para satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de sólo una parte de ella(s), extinguiéndose en principio la hipoteca tras la ejecución (aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido). El elemento esencial de la hipoteca flotante es, así, la “indiferenciabilidad”¹⁴ de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas. Y esa indiferenciabilidad se da no sólo cuando entre las obligaciones garantizadas se

¹⁴ La calificué así en AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *RCDI* n.º 707, mayo-junio 2008, p. 1.182. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, p. 271; NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Los problemas de las hipotecas flotantes” en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011, pp. 173-198; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad de la hipoteca flotante”, *RDBB* n.º 126, abril-junio 2012, p. 268; CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!”, *La Ley* n.º 6988, 14 de julio de 2008 (36908/2008), pp. 1-6; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante”, *ADC*, tomo LXVI, fasc. III, 2013, p. 1.130, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada flotante o global” en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, p. 42; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemática de la hipoteca en garantía de deudas fiscales. Especial mención a la hipoteca flotante”, *Revista Tributaria. Oficinas Liquidadoras* n.º 26, septiembre-octubre 2010, Colegio de Registradores de la Propiedad, pp. 5-6 y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 20 (octubre-diciembre 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/20/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013], Apto. 13 (“Esta característica esencial produce como consecuencia, según la práctica extranjera y la doctrina dominante, que vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pueda el acreedor a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria, para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas. Es lo que se ha venido a denominar “la indiferenciabilidad o flotabilidad” de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante entre los créditos garantizados, que permite que no deba obligatoriamente especificarse qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza cada obligación y que, como ya se ha expuesto, que el acreedor pueda dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas”).

incluyen obligaciones futuras, inciertas en cuanto a la cuantía o a su misma existencia, sino incluso cuando los créditos garantizados son todos presentes, ya que el art. 153 bis LH no contradice el poder del acreedor hipotecario para determinar cuál o cuáles de las obligaciones cubiertas desencadenan la ejecución¹⁵, e incluso lo presupone al exigir la fijación en la escritura de *“la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado”* y admitir la posibilidad de otorgar al acreedor la facultad de especificar, liquidar y certificar la deuda por la que se ejecute (*“[p]odrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura”*).

Podemos empezar por usar, en la aspiración de definir la novedosa figura del art. 153 bis LH, las palabras de ROCA SASTRE sobre la hipoteca de máximo genérica¹⁶: una hipoteca *“que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios”*¹⁷. La DGRN amplió incluso inicialmente el elenco de los elementos indeterminados al tiempo de la constitución de la hipoteca de máximo, afirmando que la característica fundamental de esta hipoteca es que, a diferencia de las hipotecas ordinarias o de tráfico, asegura el cumplimiento de una obligación que está indeterminada, total o parcialmente, ya sea en su existencia, en su cuantía o en la persona del acreedor (RRDGRN de 21 de marzo de 1917 –CL 134–, 5 de marzo de 1929 –CL 29–, 5 de febrero de 1945, 6 de noviembre de 1999 –RJ 1999/7781– o, más recientemente, de 23 de enero de 2012 –RJ 2012/3254–)¹⁸.

2.1 Génesis legislativa.

Esta figura aparece, casi con la misma redacción final, en el anteproyecto de 26 de octubre de 2006 de la Ley 41/2007 (el **“Anteproyecto”**), si bien no se excluía la

¹⁵ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Pamplona: Ed. Aranzadi, S.A., 2010, p. 70.

¹⁶ ROCA SASTRE, Ramón, Roca SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Barcelona: Ed. Bosch, 2009 (9.ª ed.), pp. 119-120 y 135.

¹⁷ En la STS n.º 809/2002 de 31 julio de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/7487), el Alto Tribunal define las hipotecas de máximo, en la modalidad en garantía de cuenta corriente de crédito, como las que *“se constituyen como cobertura del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente; y, asimismo, indica [la sentencia de apelación] que se trata de una modalidad en la que por el hipotecante se ofrece un bien en garantía del pago del saldo que tenga una determinada cuenta [...]”* (F.D. 2.º).

¹⁸ Y ello hace incluso más acusada en ellas la nota de la accesoriedad, al punto de que se considera una hipoteca *per relationem* (DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª Dolores: “Algunas consideraciones sobre la hipoteca de máximo”, en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.): *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2.307-2.311).

necesidad de “*pacto novatorio*” entre las distintas obligaciones garantizadas, ni se admitía la hipoteca flotante en favor de administraciones públicas. Tampoco imponía, entre las menciones obligatorias en la escritura de constitución, la “*denominación*”. Pero incluían un derecho de cancelación anticipada, a favor del acreedor, previa satisfacción de las obligaciones garantizadas “*y de las compensaciones establecidas contractualmente*”¹⁹.

Se recoge en el art. 10.4 del Proyecto²⁰, ya excluyendo expresamente la necesidad de pacto novatorio (lo que, en definitiva supone que las obligaciones llamadas a quedar garantizadas por la hipoteca conservan su individualidad incluso en el caso de integrarse en el “*saldo final líquido garantizado*” por el que se pida la ejecución). Este inciso se introdujo a raíz de las recomendaciones de la Asociación Hipotecaria Española de 5 de diciembre de 2005 con el objetivo “*preventivo*” de evitar que pudiera mantenerse, no obstante la modificación legal, la doctrina preponderante de la DGRN inmediata anterior (que exigía el tributo de la pérdida de la individualidad de las obligaciones integradas en el saldo de la cuenta garantizada por la hipoteca y, con ello, la extinción

19

«Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Para la válida constitución de estas hipotecas, será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción: la descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Asimismo, deberá regularse el derecho de cancelación anticipada por parte del acreedor, previo pago o extinción de las obligaciones garantizadas y de las compensaciones establecidas contractualmente para el supuesto de ejercicio de este derecho. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejecutada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

20

«Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

de cualesquiera otras garantías de que pudieran gozar para admitir la inscripción de este tipo de hipotecas), impidiendo así que pudiera condicionarse o limitarse la aspiración central de la nueva norma de permitir la oferta de nuevos productos hipotecarios.

Se elimina en el trámite en el Congreso, fruto del acuerdo entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. En la correspondiente enmienda de supresión (n.º 17) del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds se justificaba la eliminación sobre la base de tres argumentos principales, desarrollados con poco rigor técnico dicho sea en honor a la verdad (como se evidencia al asimilarse simple y llanamente “*hipoteca de máximo*” –respecto de la que se pide la supresión– e “*hipoteca recargable*” –que no se rechaza–)²¹. En primer lugar, se vaticinaba que “[l]a *extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como “hipoteca recargable”* (sic), *dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares supondrá un fomento del endeudamiento familiar con incremento del riesgo de perder la vivienda habitual*”; se añadía el argumento, ya utilizado en la doctrina de la DGRN anterior, de la subversión del orden de prelación de créditos (“*La posibilidad de que las entidades bancarias y de crédito puedan cubrir con garantía hipotecaria sus operaciones de crédito al consumo, incluso posteriores en el tiempo a otros acreedores, supondrá convertir a dichas entidades en unos privilegiados absolutos ante otros acreedores*”) y, se aportaba, por último, el argumento de la práctica abusiva de la vinculación del deudor al acreedor que se venía imputando a la hipoteca flotante (“[...] *esta figura provocará la imposibilidad de que los acreedores* (sic) *puedan acudir a otras entidades bancarias*”). En relación con el primero de estos argumentos, este mismo grupo parlamentario propuso igualmente limitar los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios y los pagos de intereses y de amortización en proporción a “*los ingresos familiares*” (enmienda n.º 23).

Pero ni entonces ni ahora se puede caer en la simplificación de demonizar una determinada institución jurídica (sea la hipoteca flotante, sea cualquier otra) sólo porque al hilo de su utilización en la práctica del comercio (en el sector bancario o en otros) se puede llegar a resultados indeseados desde el punto de vista económico, social, familiar o, más genéricamente, de las relaciones humanas. El acogimiento de la hipoteca flotante en nuestro Derecho positivo, y la flexibilización del marco de las garantías hipotecarias que supone, sólo puede merecer una crítica positiva. Por supuesto que no apoyo, ni

²¹ BOCG n.º 130, de 6 de noviembre de 2007, Senado, VIII Legislatura, Serie II.

endoso, la utilización de la hipoteca flotante, de la hipoteca o de cualquier otra institución jurídica en contravención de normas positivas o de principios jurídicos en los que se basa nuestro orden jurídico (algunos de los cuales incluso tienen reconocimiento constitucional, como la defensa de consumidores y usuarios del art. 51 CE). Pero es la práctica, la utilización en los casos concretos lo que puede ser reproachable, reprehensible o directamente ilegal, no las instituciones jurídicas, no las categorías. Y frente a una práctica concreta, frente a un comportamiento, frente a una forma de hacer, tiene el ordenamiento eficaces instrumentos de prevención y de represión (como la regla *contra proferentem*, la nulidad de cláusulas abusivas, los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez en las cláusulas generales, la protección del tercero, etc.). Soy consciente de que esta posición podría considerarse “*contracorriente*” en el reciente escenario de contestación callejera a las ejecuciones hipotecarias, de cierta criminalización de la práctica bancaria y de los bancos –alentado por el enorme coste que para los contribuyentes ha supuesto y supondrá la reestructuración y recapitalización del sistema financiero a la que hemos asistido en los últimos años– y de presión sobre los políticos para la modificación del marco hipotecario para admitir la dación en pago o para paralizar o restringir las ejecuciones hipotecarias o a la vista de la repercusión mediática de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera), en el llamado *caso Aziz* (a la que me referiré más tarde), que declaró el sistema de ejecución hipotecaria español contrario a la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, en virtud de cuestión prejudicial suscitada por el JdM n.º 3 de Barcelona al amparo de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de la Unión Europea²². En efecto, esta sentencia ha disparado enormes reacciones, algunas de cierto oportunismo como la de los colectivos que reclaman para sí el control de las cláusulas abusivas²³ o de

²² En el mismo sentido, la orden justificada (*reasoned order*) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de noviembre de 2013 (adoptada conforme al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal) en los casos acumulados C-537/12 (Banco Popular Español, S.A. vs Dña. María Teodolinda Rivas Quichimbo y D. Wilmar Edgar Cum Pérez) y C-116/13 (Banco de Valencia, S.A. vs D. Joaquín Valdeperas Tortosa y Dña. María Ángeles Miret Jaume), conforme a cuestiones prejudiciales promovidas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja y el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, respectivamente. Esta orden justificada se refiere a la normativa procesal e hipotecaria española anterior a la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

²³ Véanse el comunicado del Consejo General del Notariado de 14 de marzo de 2013, *Cinco Días* [en línea], 16 y 17 de marzo de 2013 <http://cincodias.com/cincodias/2013/03/15/mercados/1363370524_894607.html> [consulta: 9 de abril de 2013] (“*El notario sólo puede controlar, según establece la normativa vigente, que no existan cláusulas abusivas declaradas como tal por la ley o por una sentencia firme que deberá estar inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*”). El Consejo General del Notariado considera por tanto “*necesaria una reforma legislativa, como en determinadas ocasiones ya ha reclamado a la Administración*

aquellos otros que quieren ver en la sentencia una condena general sobre las normas hipotecarias o bancarias españolas, ignorando u obviando que la tacha del tribunal europeo se justifica únicamente en que la norma procesal española no permite al juez la paralización de la ejecución sumaria cuando se postula la existencia de cláusulas abusivas en el título que sirve de base a la ejecución (ni aún a título cautelar) en el seno del procedimiento declarativo en el que se cuestione tales cláusulas), y ello porque la oposición a la ejecución sólo se admitía en los casos (*numerus clausus*) referidos en el antiguo art. 695 LEC –en el que no cabía la alegación de la abusividad de una cláusula– y porque el art. 698 LEC impedía al juez frente al que se suscita la abusividad de alguna cláusula “*suspendere ni entorpecer*” la ejecución hipotecaria. En reacción a la sentencia, el legislador ha aprobado recientemente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que amplía las causas de oposición a la ejecución para contemplar la invocación

Pública”, para mejorar este sistema de control. El comunicado recoge la sugerencia velada, según confirman fuentes del colectivo, de que sería positivo abrir un debate sobre el sistema para dilucidar la conveniencia de que el propio notario tuviera poder para detectar cláusulas abusivas y catalogarlas como tal) o del Colegio Notarial de Cataluña en “Los notarios catalanes ven “necesaria” la protección ante las cláusulas abusivas”, *El Derecho* [en línea], 27 de marzo de 2013 <http://www.elderecho.com/actualidad/notarios-catalanes-necesaria-proteccionclausulas_0_523125210.html> [consulta: 9 de abril de 2013] (“*El Colegio de Notarios de Cataluña (CNC) ve “absolutamente necesario” proteger a los ciudadanos de las cláusulas abusivas, y se ha mostrado partidario de reformar el Código de consumo de Cataluña para garantizar un control de estas cláusulas en el momento de firmar cualquier contrato*”) o del Decano del Colegio de Registradores en “Los Registradores acusan al gobierno de Zapatero de prohibirles tumbar las cláusulas abusivas”, *El Confidencial*, 21 de marzo de 2013 [en línea] <<http://www.elconfidencial.com/vivienda/2013/03/21/los-registradores-acusan-al-gobierno-de-zapatero-de-prohibirles-tumbar-las-clausulas-abusivas-117333>> [consulta: 9 de abril de 2013] (“*Hasta 2007, los registradores calificábamos las cláusulas de las hipotecas. Cuando detectábamos la presencia de cláusulas abusivas, nos negábamos a registrarlas [...] La mejor manera de proteger al consumidor es prevenir [para lo que se debe volver al modelo anterior]*”). En el mismo sentido, VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “Proteger al consumidor hipotecario”, *Cinco Días*, 9 de abril de 2013, en el que se propone suprimir el artículo 12 de la LH en la redacción dada por la Ley 41/2007 (“*Sin embargo, la Ley 41/2007 sigue vigente y su texto constituye un peligro para los consumidores, pues pretende (en interés de acreedores) minimizar la intervención del Estado por el registrador en la constitución de la hipoteca, dando al traste con la protección ex ante que aquello supone*” y “*recuperar sin dudas ni redacciones abiertas a interpretaciones interesadas la calificación del registrador*”, olvidándose (a) de que esas cláusulas que están en el debate público y en las que se basó la cuestión prejudicial que acaba en la repulsa del Tribunal de Justicia europeo al sistema de ejecución (intereses de demora excesivos, vencimiento por impago de una sola cuota y determinación unilateral de la deuda por parte del acreedor a efectos de la ejecución) han sido inscritas pacíficamente por el Registro, antes y después de la Ley 41/2007 (la hipoteca del Sr. Aziz se otorgó e inscribió antes de la promulgación de la Ley 41/2007), (b) de que la sanción europea se basa, exclusivamente, en que no exista cauce procesal alguno para paralizar el procedimiento de ejecución hipotecaria en base a una alegación suficientemente fundada sobre la nulidad de alguna cláusula en la que se ampare la ejecución o determine la deuda y, por último, y (c) de que ya antes de la Ley 41/2007, sólo se admitía el rechazo por notarios o registradores de las cláusulas abusivas “*declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*” (art. 258 LH y 84 LGDCU) como justamente pone de manifiesto CABANAS TREJO, Ricardo: “Un falso problema arriesga una mala solución”, *Expansión*, 8 de abril de 2013, p. 38.

de la abusividad, pero mantiene la regla del art. 698 LEC que impide al juez ante el que se ventile un juicio declarativo sobre la abusividad de una cláusula interferir en la ejecución²⁴.

Se recupera el artículo 153 bis LH en el trámite en el Senado, mediante la enmienda n.º 85 del Grupo Socialista, añadiéndose la posibilidad de garantizar mediante esta hipoteca créditos tributarios y de la Seguridad Social en favor de las administraciones públicas (esta enmienda n.º 85 de contenido análogo a las enmiendas n.º 59 del Grupo Parlamentario Popular y n.º 96 del Grupo Parlamentario Catalán, si bien estos dos grupos proponían además sendas enmiendas –n.º 42 del Grupo Parlamentario Popular y n.º 93 del Grupo Parlamentario Catalán– de adición de un inciso en el preámbulo de la Ley indicando que las hipotecas flotantes “*estarán destinadas a financiar actividades empresariales, especialmente de pymes, autónomos y profesionales, que pueden encontrar en este instrumento una vía de acceso más segura y económica a las diversas modalidades de crédito*”). En la justificación de la adición se apela, fundamentalmente, a la necesidad de movilizar el patrimonio inmobiliario de las pymes, los autónomos y los profesionales, de forma que puedan generar recursos financieros para sus negocios, con los múltiples instrumentos financieros que éstos exigen (líneas de avales, descuento, cuentas de crédito, etc.), sin necesidad de reiterar las constituciones y cancelaciones de hipoteca, abaratando los costes, tanto de formalización como de los propios instrumentos financieros (en la medida en que el añadido de la garantía hipotecaria reducirá su perfil de riesgo y, en consecuencia, su coste para el financiado). Y combate el argumento utilizado en el Congreso para su supresión basado en que fomenta el endeudamiento familiar y personal enfatizando que “*este tipo de hipotecas no está en modo alguno orientado a cubrir “todo tipo de deudas personales y familiares”*” por lo que proponen hacer una mención expresa en el Preámbulo a su objetivo específico, “*delimitando el tipo de prestatario objetivo de la misma manera que se establece el prestamista autorizado*”. Pese a esa justificación, se reproduce en la enmienda, letra a letra, la redacción del art. 153 bis LH finalmente

²⁴ Se mantiene la duda de si, en aplicación directa de la Directiva sobre consumidores, y las exigencias del TJUE en la sentencia Aziz, puede el juez español que entienda de un proceso declarativo en torno a la abusividad de una cláusula en contratos con consumidores adoptar una medida cautelar de suspensión del procedimiento de ejecución inaplicando el art. 698 LEC (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013, apartado 2, pp. 14 y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores: Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, Madrid: Tecnos, 2013, pp. 49 y ss.).

promulgada sin acotar por tanto el universo de los deudores hipotecarios, ni la naturaleza de las obligaciones llamadas a quedar garantizadas por esta hipoteca, y sin incluir tampoco, en el preámbulo de la ley, mención alguna sobre la condición subjetiva del deudor²⁵.

Antes de examinar con detenimiento el art. 153 bis LH, merece la pena tratar de hacer una clasificación de los distintos tipos de garantías que han sido o pueden ser identificados como “hipotecas flotantes”:

- (a) Hipoteca general, hipoteca flotante general. Se trata de una carga que gravita sobre todos los bienes inmuebles de un deudor, no sólo los presentes al tiempo de la constitución, sino incluso los futuros, en garantía de una o más obligaciones, ya presentes, ya futuras. Es la hipoteca a la que declara la guerra el proyecto de Código civil de García Goyena de 1851²⁶, la ley de bases del Código civil de 1858 y la primera Ley Hipotecaria de 1861. Aunque visto desde la perspectiva de hoy, alguien podría pensar que se trata de una figura perfectamente feudal, debe destacarse que el Reino Unido, los Estados Unidos, Alemania o Suiza tienen instituciones jurídicas que permiten el establecimiento de cargas hipotecarias o preferencias inmobiliarias en garantía de una pluralidad de relaciones jurídicas, determinadas o indeterminadas, incluso sobre bienes futuros del deudor.
- (b) Hipoteca de propietario. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ definió la hipoteca de propietario como *“el derecho no ejecutable, que corresponde al titular del dominio, por razón del mismo y sobre la propia finca, de retener, en forma de gravamen hipotecario, una parte del valor del inmueble, determinada en cuantía y rango, con la finalidad de deducirla del precio que se obtenga en la subasta, o de transformarla en un crédito hipotecario en el supuesto de que se separe la propiedad del derecho”*²⁷. Se trata de una categoría propia del Derecho alemán (se analiza con mayor detalle en el Capítulo II), que surge en casos en que la hipoteca de un acreedor precedente se reunía con la propiedad en una sola mano (por ejemplo, porque el acreedor hipotecario adquiere la propiedad de la finca hipotecada, o el propietario adquiere la hipoteca), quedando a beneficio del propietario de la finca gravada un derecho patrimonial, con algunos pero no todos

²⁵ Todo ello en BOCG, Senado, Serie II, n.º 130-D, de 6 de noviembre del 2007.

²⁶ Art. 1.798: *“no puede constituirse [hipoteca] sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados”*.

²⁷ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca del propietario”, *RCDI* n.º 28, marzo-abril 1927, p. 242 (reeditado en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 755).

los efectos de la hipoteca, que le permite decidir qué obligación quedará garantizada con la hipoteca, asignándola a acreedor incluso posterior a los créditos asegurados por las cargas anotadas o inscritas con rango posterior²⁸ o disfrutar de una parte del valor del bien en la ejecución de cualquier carga preferente). La doctrina y la jurisprudencia²⁹ se han mostrado casi unánimes en rechazar esta hipoteca en nuestro Derecho. La Exposición de Motivos de la ley de reforma de la Ley Hipotecaria de 30 diciembre de 1944 la repudia de forma expresa (en parte porque en los trabajos preparatorios –en concreto, en el anteproyecto de José María Porcioles y Colomer–, se consideró seriamente una evolución hacia el sistema alemán de puestos o rangos fijos): *“La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma nemini res sua servit y del tradicional carácter accesorio d nuestra hipoteca”*. En la práctica registral inmediatamente anterior a la Ley 41/2007 ha sido precisamente la (inexacta) asimilación a una *“hipoteca de propietario”* lo que ha llevado a la DGRN a rechazar la inscripción de un buen número de hipotecas constituidas en garantía de obligaciones que quedaban descritas de forma vaga (tales como *“cualquier pago que los acreditantes tuvieran con aquéllos”*³⁰; *“cuantas obligaciones surjan entre el deudor y el acreedor derivados de la actividad bancaria en general”*; *“obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos”*³¹; *“importe de los débitos que por cualquier concepto...”*³²; *“diversas operaciones crediticias”*³³, etc.). Esta asimilación presentaba dos terribles simplificaciones. Por una parte, en los casos cuestionados no era el propietario el que se reservaba la facultad de *“designar”* el crédito cubierto, sino el acreedor hipotecario; esa ambigüedad, esa vaguedad en la determinación del crédito era a beneficio del acreedor y no del propietario, como ocurre en la hipoteca de propietario tal y como se entiende en el Derecho alemán del que procede³⁴. Y por otra, porque la asimilación a una hipoteca de propietario

²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III (*Derecho de bienes*), Madrid: Edisofer, 2010 (11.ª ed.), pp. 767-768: la hipoteca de propietario *“que realmente puede concebirse [...], no como hipoteca, sino como la reserva para el propietario del puesto, con todas las ventajas a él inherentes”*.

²⁹ STS n.º 47/1998, de 30 de enero de 1999, Sr. Menéndez Hernández, RJ 1999/522 que luego se menciona y STS 3 enero de 1992 (Sr. Fernández Rodríguez) (RJ 1992/146).

³⁰ RDGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999/6083).

³¹ RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333).

³² RDGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998/5226).

³³ RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851).

³⁴ GARCÍA MEDINA, José: *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2009, con ocasión de la cancelación de la

y la consiguiente tacha se hace pese a que nuestra normativa hipotecaria contempla desde antiguo los negocios sobre el rango hipotecario, uno de cuyos efectos es, precisamente, otorgar al dueño (en este caso, el dueño de la hipoteca que se pospone) una suerte de derecho para alterar el rango a beneficio de una hipoteca futura que bien puede cubrir una obligación existente, como una obligación futura (y, dentro de estas, simplemente futura o puramente futura), de la que puede ser titular el mismo acreedor hipotecario que otorga el negocio sobre el rango (como también puede ser un tercero). La norma no exige determinación o precisión alguna sobre la obligación cubierta por esa hipoteca que nacerá preferente (nuestro Derecho sólo obliga a reflejar la responsabilidad máxima hipotecaria que cubrirá y su duración máxima, así como el plazo en que ha de inscribirse para evitar la caducidad de la posposición, *ex art. 241 RH*). Por tanto, en nuestro Derecho no son desconocidos los negocios en los que se deja al arbitrio del dueño (en este caso, el dueño de una hipoteca inscrita) “reservar” rango hipotecario, reservar, por tanto, una porción del valor de agresión de un bien, para la seguridad de una obligación presente o incluso futura que no se especifica en el momento de la inscripción del negocio sobre el rango. Y un efecto muy próximo a la “hipoteca de propietario” se produce cuando el pago o la extinción del crédito hipotecario no se hace constar en el registro y un tercero de buena fe adquiere en negocio oneroso el crédito: se mantiene viva la hipoteca, aunque el crédito se había extinguido, en elemental contradicción del principio de accesoriedad (arts. 1.207, 1.212, 1.528, 1.857, 1.858 y 1.871 CC, 104 y 144 LH, 140 y 179 RH), e incluso más allá, pues el tercero adquiere un crédito válido para dirigirse frente al deudor. El crédito “resucita” gracias a la supervivencia de la hipoteca (no obstante la extinción del crédito al que servía). O cuando alguno de los títulos al portador o transmisibles por endoso garantizados por una hipoteca vuelve al poder del emisor que, tiempo después, lo pone nuevamente en circulación, sin que la consolidación momentánea que afecta al crédito provoque la extinción de la hipoteca (como exigiría la aplicación estricta del principio de accesoriedad y el clásico apotegma

hipoteca flotante: “*Es más, aun acreditando el pago o el cumplimiento de todas las diversas obligaciones aseguradas, de ello sólo resultaría que la hipoteca ómnibus ha quedado en situación no accesoria por no haber contenido en las obligaciones principales diversas de su garantía, es decir, que de factum ha quedado como hipoteca de propietario, pero ello no llevaría necesariamente a su titular registral a tener que asumir la obligación de consentir su cancelación hasta el final, cancelación que no sería posible hasta que se hubiera concluido el plazo de duración para el que fue convenida, pues de lo contrario estaríamos sometiendo jurisdiccionalmente al titular de un derecho real autónomo que debiera estar vigente hasta el fin de su duración inscrita*”.

nemine rea sua servit). O en la subrogación de un nuevo acreedor en la obligación hipotecaria, conforme al art. 1.211 CC o a la Ley 2/1994, en donde se advierten efectos propios de la hipoteca de propietario. Incluso, en fin, en relación con otros derechos reales limitados, en la servidumbre “*por destino del padre de familia*”, constituida por el propietario común de dos predios, que se inscribe desde ya en el registro, pero que sólo deviene efectiva cuando la titularidad de cualquiera de las dos fincas pasa a tercera persona³⁵.

- (c) Hipoteca flotante pura o global: hipoteca en garantía de diversas obligaciones, de cualquier tipo, presentes y/o futuras, sin necesidad de que exista nexo causal entre ellas, sin exigir, para su ejecución, la refundición de las varias obligaciones garantizadas en una única obligación mediante una novación extintiva a través de cuenta corriente o pacto de compensación que determine la pérdida de individualidad de las obligaciones separadas (y la extinción, en consecuencia, de cualquier otra garantía específica constituida en favor de aquéllas) de forma que la selección de la obligación u obligaciones garantizadas que, encontrándose vencidas, determinan el importe debido (y en su caso, desencadenan, la ejecución del bien) se hace en virtud del pacto de las partes³⁶. La refundición se hace mediante la integración de las distintas obligaciones como partidas de una cuenta

³⁵ Admitida sin dificultad en nuestra la jurisprudencia, por ejemplo en la STS de 20 de febrero de 1987 (Sr. Pérez Gimeno) (RJ 1987/722).

³⁶ REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante” en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995: “[...] intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que ligen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (normalmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento estas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos”. Puesto que en la etapa inmediatamente anterior a la Ley 41/2007, la DGRN sólo admitió la validez e inscribibilidad de las hipotecas flotantes imponiendo la refundición novatoria de las distintas obligaciones en el saldo de la cuenta corriente o de crédito garantizado, con pérdida por tanto de la exigibilidad individual (y las garantías individuales) de las obligaciones refundidas, REY PORTOLÉS, consciente de los inconvenientes de esa pérdida de la exigibilidad individual propuso una hipoteca en garantía de obligación futura (al amparo de los arts. 142 y 142 LH, y no al amparo del art. 153 LH) que agruparía, cumplido el plazo indicado, todas las obligaciones subsumibles en la regla de globalización pactada –que llama “*afluentes*”–, teniendo el acreedor libertad para seleccionar las que incluye y las que no (pero reconociendo al deudor la posibilidad de pagar cualquiera de ellas para neutralizar el derecho del acreedor a la inclusión), y produciéndose la novación refunditoria no al tiempo del asentamiento en la cuenta corriente de las distintas obligaciones, sino al tiempo del cierre de la cuenta extinguido el plazo pactado (conservando hasta ese momento la exigibilidad aislada y las garantías separadas) (además del artículo citado, véase REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Comentario a la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722)”, *RCDI* n.º 590, enero-febrero, 1989, pp. 141-160; REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987” en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos...*, *op. cit.*, pp. 267-275).

de crédito o corriente (aunque también cabría no usar una cuenta de crédito y constituir la hipoteca en garantía de la obligación futura resultante de la novación extintiva de las llamadas a quedar cubiertas, siempre que estas sean presentes o, caso de ser futuras, surjan de una “*relación jurídica básica*” ya existente al tiempo de la constitución de la hipoteca). La DGRN la definió como “*la hipoteca que garantiza todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de tal modo que la hipoteca flote sobre ellas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo líquidas, vencidas y exigibles, no hayan sido satisfechas, dejarse caer sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee estén cubiertas por la garantía hipotecaria y ejecutar esta con la preferencia que respecto de otros acreedores debe tener aquél, a consecuencia de la naturaleza del derecho real y de la fecha de inscripción en el registro*”³⁷. La hipoteca global se diferencia así de una hipoteca en garantía de obligación futura (a que se refiere el art. 142 LH) en que en la primera no sólo no está perfectamente determinada en su cuantía o en su misma existencia la obligación garantizada al tiempo de la constitución de la hipoteca, sino que aspira a cubrir todas las obligaciones del tipo de las pactadas por las partes en la escritura que vengán a surgir, sea una o varias y ya vengán a existir sucesiva o cumulativamente. La hipoteca global ha sido tradicionalmente utilizada para dar servicio a relaciones contractuales estables o duraderas. Dado que esta hipoteca pretende cubrir una o más obligaciones, de forma abierta, de las que lógicamente se desconoce su cuantía y que no existen siquiera al tiempo de la constitución de la hipoteca, debe adoptar la forma de la hipoteca de máximo.

- (d) Hipoteca recargable. Es una hipoteca de tráfico (también puede ser de seguridad) en la que, por haberse producido una amortización parcial de la obligación asegurada, se ha “*liberado*” una parte del valor de atribución de la hipoteca (liberación que sin embargo, no ha tenido reflejo superficiario conforme al dictado de los arts. 1.860 CC y 122 a 125 LH). Esta liberación de valor puede animar a las

³⁷ RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722). En términos semejantes, la RDGRN de 11 de octubre de 2004, (RJ 2005/2549) o de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/5538): “*No es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes o futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca “flote” sobre las diversas obligaciones garantizadas para en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee*”.

partes a concertar una nueva obligación, o a ampliar el capital de la obligación existente solo parcialmente amortizada, al objeto de conceder nueva financiación al deudor (y, por lo general, dueño de la finca gravada). Las partes desearían que esa ampliación de la obligación primitivamente cubierta por la hipoteca o esa nueva obligación que se superpone a la antigua gozaran de protección registral y, además, con el rango que la hipoteca existente atribuye a la obligación original. Antes de la Ley 41/2007, la DGRN había negado la extensión de la hipoteca a la ampliación por exigencia del principio de determinación³⁸. En los Capítulos II y IV se incluyen reflexiones más detalladas sobre esta figura que ha merecido reconocimiento del legislador mediante la modificación del art. 4 de la Ley 2/1994 operada por la Ley 41/2007 (eso sí, en el estricto marco de los préstamos hipotecarios bancarios a que se refiere aquélla).

- (e) Hipoteca semi-flotante³⁹. Hipoteca sobre un bien en garantía de varias obligaciones, y respecto de las que se produce, en beneficio y en contra de ambas partes, una novación de todas ellas en el saldo resultante de una cuenta corriente o de crédito, con pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas así refundidas. Aunque las distintas operaciones originarias que vienen a quedar refundidas en una única cuenta de crédito o corriente carecen de nexo causal común, es la voluntad contractual indubitada de los contratantes constituir sobre las mismas una nueva (y única) relación contractual (con pérdida de la exigibilidad aislada de las deudas originales y quedando todas ellas sujetas a un único régimen de crédito) la argamasa sobre la que se cimenta esa única obligación en cuya garantía se constituye la hipoteca, en perfecto cumplimiento (alega la DGRN) de las exigencias del principio de especialidad. Es la *causa novandi*, en definitiva, la relación jurídica básica que permite la unión –en la hipoteca– de las inicialmente diversas relaciones contractuales⁴⁰. Ésta es la única que venía permitiendo la DGRN, al amparo del art. 153 LH, en la fase

³⁸ “La indivisibilidad de la hipoteca no es sino una de las consecuencias de su accesoriedad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (artículo 1876 del Código Civil o 104 de la ley Hipotecaria) por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente” (RDGRN 26 de mayo de 2001, RJ 2001/4808). Ídem RRDGRN de 9 de enero de 2002 (RJ 2002/4139) y de 30 de abril de 2002 (RJ 2002/8300).

³⁹ Denominación acuñada por GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras”, *RCDI* n.º 701, mayo-junio 2007, p. 1.341.

⁴⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir de la hipoteca flotante”, *RCDI*, n.º 731, mayo-junio 2012, p. 1.650.

inmediatamente anterior al reconocimiento legal expreso e incuestionado de la hipoteca flotante mediante la Ley 41/2007.

La DGRN admitió la posibilidad de garantizar mediante hipoteca una pluralidad de obligaciones, aún vaga o genéricamente descritas en el título, con tal de que los contratantes aceptaran la carga del reconocimiento novatorio de la refundición de esa pluralidad de obligaciones en el saldo de una cuenta de crédito o cuenta corriente, eso sí, sin margen alguno para la discrecionalidad del acreedor en cuanto a la inclusión en el saldo de la cuenta corriente o de crédito de los débitos o créditos derivados de cada una de las operaciones singulares llamadas a quedar refundidas en el saldo de la cuenta (*vid.* entre otras muchas, RRDGRN de 21 de junio de 2001 –RJ 2001/5684– o 12 de septiembre de 2003 –RJ 2003/6275–). En la RDGRN de 21 de junio de 2001 citada, se parte de la eficacia novatoria de la convención entre los deudores, los fiadores solidarios y el acreedor por el que los primeros y los segundos “*asumen de forma solidaria y entre sí y con respecto al banco renunciando a cualquier beneficio de orden, división y excisión (sic) la total deuda resultante de la fijación de los saldos, de las operaciones financieras que fueron referidas [determinadas deudas vencidas perfectamente identificadas], más el préstamo que por medio de la presente ha sido concedido por el banco a la entidad mercantil y que asciende a un importe total de [] pesetas [igualmente, una operación de presente perfectamente identificada en el título], que todos ellos, en virtud de esta asunción solidaria de deuda, reconocen adeudar al banco en concepto de capital*”.

La exigencia de incorporar todas las obligaciones “afluentes” en una única mediante el instituto de la refundición novatoria (en el saldo de la cuenta, o en una única obligación futura) no deja de parecer caprichosa porque, como bien destaca DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, no dejan de garantizarse en última instancia esas mismas obligaciones diversas afluentes –con la “pena” o el “peaje” de la novación extintiva y la pérdida de la exigibilidad y las garantías aisladas–, sin que se aprecie por qué eso protege mejor al deudor o a los terceros (hipotecarios o no)⁴¹.

2.2 La posición de la DGRN anterior a la Ley 41/2007.

La evolución de la doctrina de la DGRN en torno a la hipoteca flotante con

⁴¹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores: “Algunas consideraciones sobre la hipoteca de máximo”, *op. cit.*, p. 2.313. Ídem, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario”, *RCDI*, n.º 707, mayo-junio 2008, p. 1.265.

anterioridad a la aprobación de la Ley 41/2007 ha sido ciertamente titubeante:

(a) Primera etapa de repudio.

En un primer momento, se rechaza la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, apelando a las servidumbres del principio de especialidad y la necesidad de evitar quebranto general al crédito territorial:

“Considerando que el principio de especialidad que sirve de base a la moderna legislación hipotecaria, en vez de la de generalidad de las hipotecas que informaba la antigua legislación, es aplicable, no sólo en cuanto hace referencia a las fincas gravadas, sino también en lo que atañe al crédito garantizado, cuya determinación o individualización se considera necesaria a la fecundidad del crédito territorial, para evitar que contratos calculados con toda prudencia y precisión se conviertan en juegos de azar” (RDGRN de 24 de enero de 1916).

Igualmente, la RDGRN de 31 de mayo de 1910 (CL 40) rechaza la inscripción de una hipoteca para aseguramiento de todas las obligaciones que pueda tener el deudor, incluso con terceros que ni se designan, por quebrantar las exigencias del principio de determinación.

(b) Etapas de aceptación

En una segunda fase, se admite la hipoteca en garantía de varias obligaciones respecto de las que *“basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los tribunales en su día puedan declarar cuáles se hayan cubiertas por la garantía”*, pudiendo ser empleados términos de gran amplitud (en lo que se refiere a la descripción de las obligaciones) sin llegar a ser tachados de *“vagos o confusos”* (RDGRN de 5 de marzo de 1929, CL 29⁴²). En el mismo sentido, se admite igualmente una hipoteca en garantía de operaciones de descuento de efectos (RDGRN de 21 de marzo de 1917 –CL 134– y 16 de junio de 1936 –RJ 1936/1544–) o de operaciones comerciales representables mediante letras de cambio posteriores (RDGRN 28 de

⁴² Las obligaciones garantizadas, en el caso que resuelve esta resolución, eran los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otra que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma, si bien no se admitió su inscripción por insuficiencia del título ejecutivo pactado.

febrero de 1933, RJ 1933/1833), en ambos casos sin limitación temporal (en cuanto al plazo en que podían surgir las obligaciones garantizadas), pero con facultad de desistimiento por parte del deudor. La RDGRN de 28 de febrero de 1928 nos dice que “[p]ara no trabar con extraordinarios requisitos la constitución de tales garantías [las hipotecas de máximo] [...] ha admitido la Dirección General que el crédito personal asegurado dentro de los indispensables límites del derecho real no presentaba los caracteres del que sirve de base a la hipoteca ordinaria o normal, en lo referente a su determinación, que puede sujetarse a fórmulas sencillas o reglas complicadas o hasta desconocidas para los terceros”. En la RDGRN de 16 de junio de 1936 (RJ 1936/1544) incluso se admite la posibilidad de ejecución de esta hipoteca por el procedimiento judicial sumario. Nuevamente, se apela a la necesidad de proteger el tráfico mercantil y fomentar el crédito territorial, pero esta vez para admitir la inscripción de estas hipotecas:

“[...] la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces a sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguirse un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño a la industria nacional”.

El giro en la interpretación de la DGRN, además de evidenciar la sensibilidad del centro directivo respecto de la realidad social como regla de interpretación de las normas, pone a las claras que no existe una objeción estructural a la hipoteca en garantía de varias obligaciones distintas, ni en garantía de obligaciones no perfectamente definidas al tiempo de su constitución.

(c) Segunda etapa de repudio

La interpretación cambia nuevamente a partir de 1984. En la RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851) se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito fundamentalmente por no cumplirse el principio de

determinación que exige que todas las obligaciones garantizadas (que luego se refundirán en una única obligación cubierta por la hipoteca) deban estar perfectamente identificadas, sin admitirse la imprecisión de la expresión “*diversas operaciones crediticias*”⁴³.

Esta línea se refuerza en la resolución de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722) en la que se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente entre los otorgantes, en la que se asentarán varias operaciones, “*sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna*” como consecuencia de su inclusión en la cuenta corriente: un préstamo hipotecario existente, un crédito existente, el saldo debido por los otorgantes a un tercero “*y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los señores comparecientes al Banco... en cualquiera de sus sucursales*”⁴⁴.

El rechazo se basa en la indeterminación de las obligaciones garantizadas, a pesar de que, debido a los principios de accesoriedad y especialidad de la hipoteca, la determinación es exigencia estructural⁴⁵; la inexistencia de vínculo causal entre

⁴³ “[...] que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extinción del derecho que se inscriba [cfr. Artículo 9 2.º) de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario] (lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.), y esta regla no sufre inflexión respecto de cada una de las obligaciones ya existentes al constituirse la hipoteca que las ha de garantizar, por lo que no cabe, para las mismas, la simple expresión de que quedan garantizadas con la hipoteca las «diversas operaciones crediticias» que «en la actualidad» tienen los Bancos acreedores con la Sociedad deudora (sin estipularse, tampoco, que cada obligación pierda en principio, su autonomía en relación con la cuenta corriente estipulada)”.

⁴⁴ En el mismo sentido, la STS n.º 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484) comentada por Helena Díez GARCÍA, CCJC n.º 61, pp. 69-88, que declara la nulidad del inciso final abierto incluido en las obligaciones garantizadas “*y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan*” por infracción del principio de especialidad: “Al respecto, la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación: “*Hay que observar el especial sentido que da a toda la cláusula la frase “y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan”, ya que constituye una auténtica fórmula abierta y, en consecuencia, contraria al principio de especialidad, el cual exige la identificación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca, lo que por consiguiente determina la nulidad de la hipoteca litigiosa*”. Esta Sala coincide con la instancia en la precisión de que el inciso indicado supone una auténtica fórmula abierta, que es contraria al principio de especialidad, pero discrepa en que su inclusión en la cláusula produzca la nulidad de la hipoteca, a causa de la pormenorizada lista de relaciones jurídicas igualmente reseñadas de que puede provenir la obligación asegurada” (F.D. 4.º).

⁴⁵ Argumento reiterado en las RRDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186) (“*Pero tampoco sería posible la constitución de la hipoteca, aunque se hubiera limitado a garantizar obligaciones ya existentes, si en lugar de identificar la obligación garantizada se extiende la garantía a una masa indiferenciada de obligaciones que pudiera tener contraídas determinado deudor o deudores con el acreedor garantizado. Los principios de especialidad y de accesoriedad de la hipoteca exigen precisa determinación de la obligación que la hipoteca sirve [...] y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son, por la accesoriedad, vicisitudes del mismo derecho de hipoteca*”); 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4740) (“*De nuevo se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de constituir en una hipoteca en garantía, hasta cierto máximo, de una pluralidad de obligaciones futuras y absolutamente indeterminadas en el momento de otorgar aquel negocio,*

las distintas obligaciones, que mantienen su exigibilidad individualizada, pese a su asiento en la cuenta (que actúa a estos efectos como una mera reunión contable) sin que la cuenta actúe, por tanto, como sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente⁴⁶; y en la circunstancia de que es el banco quien

que derivarían de una serie de operaciones (descuentos, avales, operaciones de comercio exterior, préstamos, apertura de cuentas corrientes, etc.), que los otorgantes pueden concertar en el futuro. Se prevé en el caso contemplado que las obligaciones resultantes de estas operaciones son las garantizadas con la hipoteca (se afirma en la escritura calificada por una parte que «quedan garantizadas en la forma que a continuación se va a realizar, las operaciones realizadas por el hipotecante y por los conceptos que se relacionan, todo ello hasta el límite económico de ...», y se añade en otro lugar que «la hipoteca garantiza el saldo derivado del resultado de cualquiera de las operaciones contempladas), cuyos saldos «se instrumentarán» contablemente en determinada cuenta, sin que este solo asiento tenga por sí efecto novatorio, pues será producido el cierre de la cuenta y su liquidación, cuando las partidas asentadas perderán su exigibilidad aislada y serían sustituidas por la nueva obligación correspondiente al saldo resultante»); 27 de julio de 1999 (RJ 1999/6083); 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333) o 6 de junio de 1998 (RJ 1998/5226). Reza la RDGRN de 27 de septiembre de 2000 (2000/10206): “[...] y aunque, con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca “flotante” en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor a favor del acreedor”. Y en ese caso, aunque la DGRN entiende perfectamente identificados los elementos esenciales de la relación obligatoria a efectos del gravamen (las obligaciones derivadas de tres préstamos convenidos con sendas sociedades), “que se pretende unificarlas mediante la cuenta corriente cuyo saldo determina el importe de la deuda [...], no resulta que tal unificación sea suficiente [...] toda vez que el mero pacto por el que se dispone que el vencimiento de una de las obligaciones implique el de las restantes [...] carece de virtualidad para que, desde entonces, pierdan aquellas su exigibilidad aislada y sean sustituidas con pleno alcance novatorio por una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria”. GARCÍA GARCÍA llega a decir que esto forma parte del “orden público inmobiliario” (GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Acto de desagravio al principio de especialidad (Crítica a las Resoluciones de la DGRN de 16 de diciembre de 1994, de 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)”, RCDI n.º 629, julio-agosto 1995, p. 1.350).

46

Argumento reiterado en las RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333); 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186); 24 de julio de 1998 (RJ 1998/5979); 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000/10206); 3 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10239); 21 de junio de 2001 (RJ 2001/5684), 10 de julio de 2001 (RJ 2001/5910) y 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001/10245). La RDGRN de 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4740) rechaza incluso la virtualidad de la cláusula incluida en la escritura de hipoteca que determinaba la pérdida de la exigibilidad aislada de las obligaciones asentadas en la cuenta (cuyo saldo se pretendía garantizar) y su novación como efecto del cierre de la cuenta; rechaza la inscripción atendiendo, entre otras consideraciones a “[...] la irrelevancia jurídica de la cláusula en cuya virtud el cierre de la cuenta determina la pérdida de la exigibilidad aislada de las obligaciones anotadas y su novación, pues al anticiparse al propio nacimiento de las obligaciones a novar, adolece de una absoluta indeterminación en su objeto (cfr. artículos 1.261 y 1.271 y siguientes del Código Civil) y, al no preverse la obligatoriedad por el acreedor del asentamiento en esa cuenta de todas (sic) operaciones contempladas, dejaría el alcance de tal pacto novatorio a la exclusiva voluntad de una de las partes (cfr. artículo 1.256 del Código Civil) de modo que el saldo resultante no podrá ser reputado como una obligación nueva exigible en sí misma, sino como la mera suma aritmética de los importes de las distintas obligaciones que lo integran, que serán las únicas exigibles conforme a su específico régimen jurídico”. Es decir, en las primeras resoluciones tras 1984, la DGRN rechaza la inscripción de estas hipotecas atendiendo a que no existe novación de las obligaciones asentadas en la cuenta, sino mera refundición contable o instrumental, que no satisface las exigencias del principio de determinación; en resoluciones posteriores en las que sí existe una novación aceptada y declarada por las partes, pero sólo en el momento de cierre de la cuenta (obviamente prolegómeno de la

determina qué partidas se asientan en la cuenta que se pretende cubrir con la hipoteca (lo que determina que la hipoteca flote sobre las obligaciones) lo que supone dejar a una de las partes el cumplimiento del contrato en violación del art. 1.256 CC⁴⁷ (argumento que, si ya no se podía compartir respecto del deudor, era del todo inexplicable en relación a los terceros hipotecarios, a los que les resulta absolutamente indiferente que la determinación de las obligaciones por las que se ejecuta sea unilateral o convencional⁴⁸).

Igualmente se condena la figura por suponer una alteración ilícita del régimen imperativo en materia de prelación de créditos, ya que los acreedores del deudor pierden preferencia respecto de créditos posteriores (los del acreedor flotante)⁴⁹.

Se critica la hipoteca global por permitir el bloqueo permanente e injustificado de los bienes gravados⁵⁰, al encadenar el deudor al acreedor sin causa (pues éste último no está obligado a conceder crédito por la mera constitución de la hipoteca global) y al resultar difícil o casi imposible su cancelación (salvo que el acreedor se avenga voluntariamente a ello), ya que ello exigiría prueba de hechos negativos (esto es, que las obligaciones no llegaron a existir), contribuyendo así a una cierta

ejecución), la DGRN tampoco da el brazo a torcer, ahora ya con aún mayores dificultades. El art. 245 RH no puede invocarse a favor de este tipo de hipotecas, añade la RDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186) porque presupone “una relación básica de crédito ya vinculante, instrumentalizada en una cuenta corriente en la que habrá partidas de abono, pero también de cargo por los conceptos acordados, en el momento de su constitución, las cuales perderán su exigibilidad aislada desde entonces, siendo sustituidas con pleno alcance novatorio por el saldo que al tiempo de la liquidación resultare, el cual constituirá la única obligación exigible y garantizada, en su caso, por la hipoteca”. Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995”, *BCEHC* n.º 61, febrero-marzo 1995, pp. 44-56.

⁴⁷ Argumento reiterado en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7781) y en la de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275). Ídem, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 35 y 56-57.

⁴⁸ AVILA NAVARRO, Pedro: *Formularios Notariales*, tomo III (*Deudas y garantías*), Barcelona: Ed. Bosch, 2005 (5.ª ed.), p. 145:

⁴⁹ RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239) comentada por YSÀS I SOLANES (YSÀS I SOLANES, María: Comentario a la RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239), *CCJC* n.º 36, 1994, pp. 835-848). Ídem RDGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275) (F.D. 5.º) o SAP Alicante n.º 81/2007 de 21 de febrero de 2007, Secc. 6.ª (Sr. López Garre) (JUR 2007/265461). En el mismo sentido, AVILA NAVARRO, Pedro: “La hipoteca en garantía de cuenta corriente”, *RJC* n.º 3, julio-septiembre 1995, p. 137 y ss. AVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1990, p. 80. Esta objeción, en puridad, sólo podría hacerse respecto de los créditos posteriores inscritos, pues sobre los no inscritos siempre habría de tener preferencia la hipoteca en cuanto al bien (privilegio especial). En una antigua sentencia de 4 de octubre de 1915, el TS había negado la preferencia de una hipoteca de máximo constituida unilateralmente por un propietario en garantía de las deudas contraídas con el Banco de España frente a la anotación preventiva realizada por otro acreedor después de constituida la hipoteca pero antes de que se hubiera aprobado su constitución por el acreedor. Se trata, obviamente, de una sentencia sin relevancia alguna en ese momento a la luz del tenor actual del art. 141 LH.

⁵⁰ Véase la RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

amortización de la propiedad por perpetuación del gravamen, con su corolario en la reducción de las posibilidades de negociación del deudor con otros acreedores (y ello incluso pese a que, a partir de 1993-1994, fue usual que se establecieran límites temporales para la generación de las obligaciones llamadas a quedar cubiertas, precisamente para salir al paso de las objeciones formuladas por la DGRN).

La violación del principio de accesoriedad se fundamenta, según la DGRN, en la imposibilidad de que una misma hipoteca garantice indistintamente diversas obligaciones, ya existentes y de las que se les añadan o sustituyan⁵¹, con base en una férrea invocación del principio⁵².

Y por último, se reprende la liquidación de la deuda efectuada por el acreedor en las hipotecas globales por entender inaplicable el art. 245 RH que, en opinión de la DGRN, presupone una relación de crédito vinculante⁵³ y porque el principio de igualdad entre acreedor-deudor en la liquidación sólo encuentra excepción en el art. 153 LH⁵⁴.

Con la enseñanza de las sucesivas resoluciones de la DGRN sobre la materia, la práctica negocial fue “*mitigando*” algunas de las objeciones señaladas, por ejemplo, previendo el efecto novatorio de la integración en la cuenta, definiendo

⁵¹ RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722); 3 de octubre de 1991 (RJ 1991/7491) y 28 de julio de 1998 (EDD 1998/30619).

⁵² GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo” en AA. VV.: *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1991, pp. 233 y ss.

⁵³ RDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186). Una parte de la doctrina defendió, contra los criterios de la DGRN, que el art. 245 RH permitía la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, sin necesidad de refundición novatoria pues, si bien se incluye dicho artículo en el epígrafe de “*Hipoteca en garantía de cuenta corriente*”, su contenido no se atiene exclusivamente al supuesto del art. 153 LH, sino que alude también al art. 142 LH y remite, además, al plural “*operaciones cambiarias y crediticias*”. De ahí extrajeron que la referencia a la cuenta corriente y al saldo de este artículo es sólo a los efectos de determinación del saldo y no necesariamente a efectos novatorios, y que la referencia a los últimos cuatro párrafos del art. 153 LH lo es a efectos de aplicación analógica y no directa (GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, pp. 216-217). Y por otro lado, que atribuir al acreedor la facultad de certificar la deuda a efectos ejecutivos aplicando el 245 RH, cuando no existía una relación vinculante de crédito, debilitaba injustificadamente los mecanismos de defensa del deudor en los cuatro últimos párrafos del art. 153 LH, en el art. 142 LH y en el 238 RH (BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: “Hipoteca flotante (comentario a la resolución de la DGRN de 24 de julio 1998)”, *Revista de Derecho Patrimonial* n.º 2, 1999 pp. 491 y 493-494).

⁵⁴ Pero, sin embargo, las RRDGRN de 16 de febrero de 1990 (La Ley 625/1990) y 19 de enero de 1996 (RJ 1996/586) afirman que, aunque no se trate de hipoteca en garantía del saldo de cuenta corriente, si se pacta que el saldo de la deuda se acreditará a través de una cuenta, no cabe inscribir la referencia a la certificación bancaria del antiguo art. 1.435 LEC a efectos del antiguo procedimiento de ejecución judicial sumario si no se cumplen en la escritura los requisitos del art. 245 RH.

de forma estrecha las obligaciones que podrían quedar integradas en la cobertura (limitándose a las obligaciones presentes identificadas en la escritura y, a lo sumo, las que resulten de las renovaciones de aquéllas o las derivadas de los pagos hechos por el Banco de gastos de cuenta del deudor en relación con esas obligaciones⁵⁵ o estableciendo un límite temporal determinado para el nacimiento de las obligaciones llamadas a quedar cubiertas⁵⁶), pero una de las características criticadas por la DGRN a las que nunca renunció la práctica fue la de dejar a discreción de la entidad acreedora la selección de las partidas que, mediante su integración en la cuenta, conformaban la obligación única asegurada por la hipoteca⁵⁷.

Debe decirse que la escasa jurisprudencia de esta época es en general coherente con dicha postura de la DGRN, con la notable excepción de la STS n.º 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484) que, pese a hacerse eco de la posición de la DGRN en torno a la necesaria determinación de las obligaciones garantizadas, en especial, cuando son futuras, acaba admitiendo la validez de una hipoteca constituida en garantía del *“pago de todas las cantidades que al final del plazo que se dirá resulten a favor del “Banco Pastor, SA”, tanto por principal, intereses, comisiones o gastos, por razón de operaciones que se realicen en el futuro por dicha entidad a favor de “Inmobiliaria Peñarrubia, SA”. Las cantidades que el Banco pudiere pagar en razón de contribuciones, tributos o exacciones, que afecten directamente a la finca hipotecada, o las primas de los seguros concertados en relación con la misma o con la actividad que en ella se desarrolle, sin perjuicio del posible vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas. Las cantidades que el Banco por cuenta de los acreditados, entregue al Notario autorizante de esta escritura, para atender los gastos que ocasione, hasta que una primera copia de la misma, librada para el Banco acreedor, quede inscrita en el Registro de la Propiedad, incluidos los de cualquier título previo, cuya inscripción sea necesaria para la de la hipoteca”* con apoyo fundamentalmente en la siguiente acotación objetiva incluida en la escritura de hipoteca: *“La garantía de la presente hipoteca, comprende todas las operaciones descritas [...] que se contraigan desde la fecha del otorgamiento de*

⁵⁵ RDGRN de 12 de septiembre de 2003, RJ 2003/6275.

⁵⁶ RDGRN de 11 de enero de 1995, RJ 1995/186.

⁵⁷ Véase comentario sobre la RDGRN de 12 de septiembre de 2003, RJ 2003/6275 en RUBIO TORRANO, Enrique: “La llamada «hipoteca flotante»”, *Aranzadi Civil* n.º 15/2003 (diciembre), pp. 11-13.

esta escritura, hasta el plazo de cinco años, contados desde el día de hoy”, es decir, una delimitación temporal (al modo empleado respecto de las fianzas ómnibus, como se analizará a continuación). Si bien es cierto que el Alto Tribunal avisa de que su posición sería distinta si nos encontráramos en el litigio a terceros.

Resulta ciertamente llamativa la postura restrictiva en relación a la hipoteca flotante a la vista de la aporoblemática admisión por nuestra jurisprudencia de la figura de la fianza global o fianza ómnibus⁵⁸:

- (a) Así, en la STS n.º 257/2002 de 18 de marzo de 2002 (Sr. de Asís Garrote) (RJ 2002/2273), por ejemplo, se confirma la validez de una fianza prestada respecto de *“las cantidades que a dicho Banco adeude en la actualidad Alaceros Elgoibar, S.A. y la que esta misma pueda tener en lo sucesivo, cualquiera que sea el concepto de que procedan y la forma en que la obligación haya sido contraída incluso por cantidades que haya tenido que satisfacer el Banco en virtud de avales o afianzamientos por préstamos en beneficio de terceros y a favor de la persona garantizada por la póliza hasta una suma de [...]”*.
- (b) La STS n.º 1070/2006 de 30 de octubre de 2006 (Sra. Roca Trías) (RJ 2006/8904) se refiere a un caso en que el fiador garantiza *“las cantidades que llegue a adeudarles Arti-Shan, S.A., cualquiera que sea el concepto de que procedan, con motivo de sus relaciones comerciales”*.
- (c) La STS n.º 497/2009 de 26 de junio de 2009 (Secc. 1.ª) (Sr. Salas Carceller) (RJ 2009/4239) bendice la fianza prestada por una sociedad respecto *“respecto de las facturas de ALCABA [en el seno de los suministros proporcionados a ésta], en caso de impago por parte de ésta, pudiendo URVICASA proceder contra ALCABA por los mismo importes en la primera facturación que se presente”*.
- (d) Sólo en la antigua STS de 21 de noviembre de 1924 se adopta una postura limitativa que parece, por cierto, la inspiración ideológica de la corriente de pensamiento de la DGRN sobre la hipoteca flotante o sobre la hipoteca en garantía de obligación futura⁵⁹. En esta sentencia se afirma (*obiter dicta*) que el

⁵⁸ Vid. SSTs de 17 de febrero de 1962 (Sr. Ogayar y Aillón) (RJ 1962/1094), de 29 de marzo de 1979 (Sr. Seijas Martínez) (RJ 1979/1235), de 31 de octubre de 1984 (Sr. De Castro García) (RJ 1984/5153), de 20 de febrero de 1987 (Sr. Sánchez Jáuregui) (RJ 1987/701), 20 de mayo de 1989 (Sr. González Alegre y Bernardo) (RJ 1989/3873), y la n.º 148/2000 de 23 de febrero de 2000 (Sr. O’Callaghan Muñoz) (RJ 2000/1242).

⁵⁹ Una acertada crítica de esta sentencia puede leerse en GUILARTE ZAPATERO, Vicente: “Comentario al artículo 1.825 del Código Civil” en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII (*Artículos 1.822 al 1.886 del*

art. 1.825 CC exige que exista ya la “deuda”, aunque su exigibilidad pueda ser futura, y se limita así el ámbito del art. 1.825 CC al supuesto en el que, al tiempo de constitución de la fianza, se desconozca el importe de la deuda, entendiendo que en otro supuesto, no habría fianza válida por imperativo del art. 1.824 CC, al referirse el 1.825 a “*deudas*” en vez de a “*obligaciones*”.

Del mismo modo, la posibilidad de constituir una única garantía pignoratícia, sobre créditos actuales y/o futuros, para asegurar “*el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras*” (STS n.º 148/2000 de 23 de febrero de 2000, Sr. O’Callaghan Muñoz, RJ 2000/1242) no ha resultado tampoco controvertida⁶⁰.

En cuanto a la fianza en garantía de obligación futura, la jurisprudencia ha exigido, de acuerdo con el art. 1.825 CC, que la obligación futura “*quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado*” (STS n.º 738/2005 de 13 de octubre de 2005, Secc. 1.ª, Sr. Ferrándiz Gabriel, RJ 2005/7340, con cita de las SSTs n.º 854/1993 de 27 de septiembre de 1993, Sr. Morales Morales, RJ 1993/6745 y n.º 148/2000 de 23 de febrero de 2000, Sr. O’Callaghan Muñoz, RJ 2000/1242). Es decir, la obligación futura afianzada puede resultar de un acuerdo de voluntades posterior (ser por tanto una obligación “*puramente futura*”), pero el grado de determinación de la obligación futura garantizada en la fianza ha de ser tal que no sea necesario un nuevo acuerdo de voluntades entre el fiador y su contraparte o el beneficiario de la fianza para integrar el contenido de la fianza. La única exigencia que ha impuesto con el tiempo doctrina y jurisprudencia para la admisión de las fianzas o prendas ómnibus ha sido el establecimiento *ex ante* de una cifra máxima de responsabilidad del fiador o de la cosa pignorada, al modo del art. 569-14.2 del Código civil de Cataluña (véanse las SSTs n.º 148/2000 de 23 de febrero de 2000, Sr. O’Callaghan Muñoz, RJ 2000/1242; n.º 257/2002 de 18 de marzo de 2002, Sr. de Asís Garrote, RJ 2002/2273, o n.º 497/2009 de 26 de junio de 2009, Secc. 1.ª, Sr. Salas Carceller, RJ 2009/4239, citadas o la SJdM n.º 1 de La Coruña de 18 de mayo de 2006). Esta exigencia, en el ámbito de la hipoteca,

Código Civil), Madrid: Edersa, 1990 (2.ª ed.), pp. 104-108. Es la tesis de esta sentencia del Supremo (remota y residual, como se ve) la que sirve de base a la postura de la DGRN sobre la hipoteca en garantía de obligación futura desde las RRDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851) y 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), en que se apartó del criterio permisivo anterior de las resoluciones de 31 de enero de 1925 ó 28 de febrero de 1933 (RJ 1933/1833).

⁶⁰ VEIGA COPO, Abel: “Prenda ómnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *RDBB* n.º 82, 2001, p. 41. CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, vol. II (*Garantías Mobiliarias*), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008 (2.ª ed.), pp. 189 y ss.

acabó por tener reconocimiento positivo en el art. 153 bis LH⁶¹.

Como disculpa de nuestros jueces y estudiosos por esta inexplicable falta de coherencia en el tratamiento de la fianza o la prenda global y de la hipoteca global se puede invocar semejante ejercicio de incongruencia en nuestros vecinos franceses: también allí ha sido pacífica la posibilidad de afianzar las obligaciones de un determinado deudor a favor de un determinado acreedor y, sin embargo, se ha mantenido a ultranza, al menos hasta la introducción en 2006 de la “hipoteca recargable” a la que me referiré en el Capítulo II, la necesidad de identificar taxativamente el crédito garantizado con hipoteca. Desde 2006, sin embargo, cabe el aseguramiento, mediante la modalidad de hipoteca recargable, de créditos aún desconocidos, indeterminados e indeterminables al tiempo de la constitución de la hipoteca⁶², con un gran parecido a la fianza ómnibus (puede darse la posibilidad de cubrir créditos posteriores para una duración determinada o indeterminada; puede siempre el constituyente cancelar la hipoteca en cualquier momento mediante preaviso – *ex art. 1.423.3 Código civil francés*– que, obviamente, sólo tendrá efectos a futuro, etc.⁶³).

En el ámbito foral catalán, se admitió con plena normalidad la prenda ómnibus ya en 1991 (art. 9.3 de la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre bienes muebles), sin más límites que el temporal, el de la cuantía máxima de la responsabilidad (o de la afección real) y el que las obligaciones garantizadas habían de ser entre los mismos deudor y acreedor, pasando luego al artículo 13.3 de la Ley 19/2002, de 5 de julio. Aunque posteriormente desapareció del Libro V del Código civil catalán, existe pleno consenso doctrinal⁶⁴ de que sigue siendo una categoría válida al amparo de la autonomía de la voluntad. Y si la accesoriedad y la determinación, que rigen tanto para la prenda como en la hipoteca, no eran óbices para la admisión de prendas generales u ómnibus, ¿por qué habrían de serlo para las hipotecas?

⁶¹ Vale la pena mencionar que el Proyecto de Código Mercantil elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (2.ª edición, de julio de 2013) no ha recogido, de forma expresa, la fianza ómnibus. Prevé que la fijación del límite cuantitativo o temporal de la responsabilidad del fiador tiene carácter dispositivo. Anuda, peligrosamente, la fianza a la existencia de una única obligación (“*una obligación principal*”; “*la obligación principal*” en el art. 578-5). Sobre la hipoteca no existe mención, dado que el Código remite las garantías reales a su legislación específica (Exposición de Motivos, Apto. II-14 y 133-1).

⁶² GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2006, n.º 19, n.º 1194: “*La hipoteca reutilizable tiene vocación de garantizar créditos de los que el acto de constitución no dice nada, créditos aún desconocidos, indeterminables, sin distinción entre futuros y presentes*”.

⁶³ ANCEL, Pascal: *Droit des sûretés*, París: Lexisnexis, 2011 (6.ª ed.), p. 156.

⁶⁴ BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, del POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni: *Derecho Civil de Cataluña, Derechos reales*, Madrid: Marcial Pons, 2010 (3.ª ed.), p. 452.

Antes de la introducción del art. 153 bis LH por la Ley 41/2007, la DGRN flexibilizó ligeramente su postura en las resoluciones de 1 de junio de 2006 (La Ley 70250/2006) (“la accesoriedad no puede llevarse al extremo”)⁶⁵ y 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8117), llegando a admitir la inscripción de una hipoteca flotante siempre que se cumplieran los siguientes requisitos⁶⁶:

⁶⁵ Los otorgantes de la hipoteca cuyo rechazo dio pie a esta resolución se esforzaron denodadamente en salir al paso de las objeciones que la DGRN había venido enfrentando a la hipoteca global. El supuesto era una hipoteca de máximo constituida en garantía del saldo que arroje una cuenta en la que se cargarán, por la mera voluntad del Banco acreedor, las liquidaciones que sean consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del acreditado derivadas de tres pólizas de crédito que se identifican perfectamente en la escritura (se adjuntan incluso copias de las mismas). Respecto de una de ellas, se dice que la hipoteca se extenderá a la renovación o renovaciones posteriores del crédito (que podrían documentarse mediante una nueva póliza de crédito o de préstamo), siempre y cuando traigan causa de la póliza ya otorgada. Estas obligaciones pueden ser de principal, intereses, comisiones o cualquier otro concepto. Adicionalmente, el Banco puede cargar en la cuenta los gastos que, habiéndose pactado que son de cuenta del deudor, sean finalmente satisfechos por el Banco, como son los gastos e impuestos que se deriven de la escritura, de las previas no inscritas, las de cancelación, en su día, los gastos judiciales o extrajudiciales que se causen para exigir el cumplimiento del contrato o de cualesquiera de las obligaciones y los honorarios de letrado y procurador, aunque su intervención no sea preceptiva. Y las primas de seguro e intereses de obligaciones anteriores, si los hubiere. Se pacta que, una vez cargados en la cuenta corriente especial, los saldos de todas o cualquiera de las obligaciones amparadas en la hipoteca, dichas obligaciones se entenderán novadas, total o parcialmente (en su caso) por la cuenta especial. La hipoteca se constituye hasta un máximo por principal, un máximo por intereses moratorios y un máximo para gastos y costas. Se fija una fecha de vencimiento de la cuenta, que tiene carácter improrrogable. Se pacta la posibilidad de cierre anticipado de la cuenta, señalándose que el Banco puede dar por vencida la cuenta. La registradora suspende la inscripción (además de por un conjunto de defectos que no son objeto del recurso), por no configurarse como una auténtica hipoteca en garantía de cuenta corriente, desde el momento en que las obligaciones garantizadas no pierden su autonomía para ser sustituidas por el saldo definitivo que arroje la cuenta a su cierre [lo cual no era cierto en la hipoteca del caso] y por no quedar suficientemente determinadas las obligaciones garantizadas que incluyen, además, posibles renovaciones de una póliza de crédito, en realidad obligaciones futuras que no pueden garantizarse con obligaciones presentes. La DGRN entiende debidamente salvadas en la escritura de hipoteca la mayor parte de las objeciones a este tipo de hipoteca señaladas en resoluciones anteriores sobre la materia, a excepción de una: “De los fundamentos anteriores resulta que la escritura, que es objeto de este recurso, soslaya algunos de los principales obstáculos que, para su inscripción, presentan este tipo de hipotecas [...]. Sin embargo, persiste uno de ellos, cual es el hecho de quedar al arbitrio del acreedor si la deuda líquida vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta y, sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse. De manera que, aunque ya no se refiera la hipoteca a un conjunto indeterminado de obligaciones tan solo identificadas por las personas de acreedor y deudor y aunque lo exigible ya no sea una mera reunión contable de esas obligaciones, sino un verdadero y propio saldo deudor, lo cierto es que la hipoteca sigue flotando y sigue quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento ha de caer su manto protector, sin que haya en ello verdadera concesión de crédito, sino tan sólo espera cuando el Banco lo considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con el límite máximo de responsabilidad por principal fijado. Una hipoteca así configurada vulnera el artículo 1.256 del Código Civil y es contraria al principio *pars conditio creditorum* (cfr. art. 1.925 del Código Civil)”. Entiende GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir...”, *op. cit.*, p. 1.651) que la DGRN da un paso más, en esta resolución, en dirección a la admisión de las hipotecas flotantes, en la medida en que deja de imponer la exigencia – anteriormente requerida – del pacto novatorio expreso. No soy capaz de advertir en qué parte de la resolución fundamenta este cambio de criterio.

⁶⁶ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)”, *RCDI* n.º 681, enero-febrero 2004, p. 265 y ss. Entre los firmes defensores de la hipoteca flotante, tanto antes como después de la Ley 41/2007 (en la que tuvo mucho que ver), destaca GÓMEZ

- (a) que queden adecuadamente identificadas las distintas obligaciones (*“Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad, ni el de accesoriedad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores [...] y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad”*);
- (b) que exista una relación jurídica básica o nexo entre las distintas obligaciones que se tratan de cubrir y se generen hasta el momento de la refundición en un único saldo, con alcance de novación extintiva, que agota su exigibilidad individualizada y, si ello no fuera así, se pacte expresamente al amparo del art. 1.204 CC la eficacia novatoria de su asiento en la cuenta corriente; y
- (c) siendo alguna de las obligaciones futura, que *“en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la obligación asegurada con la hipoteca [...], o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción de lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada”*⁶⁷. La DGRN, al advertir que estas hipotecas subvierten el orden de prelación de créditos (puesto que otorgan preferencia al crédito garantizado frente a los créditos inscritos sobre el bien nacidos después de la hipoteca, pero antes del nacimiento del crédito garantizado) y preguntarse por su justificación, concluye que este efecto sólo puede ampararse

GÁLLIGO, Francisco Javier, “La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia”, *RCDI* n.º 702, julio-agosto 2007, p. 1672: *“Los pretendidos dogmas de la accesoriedad y la determinación son predicables respecto de las hipotecas ordinarias y de tráfico [...] pero nunca de las hipotecas de máximo [...] Si en la hipoteca ordinaria o de tráfico [...] los principios de accesoriedad y determinación no son absolutos, ocurre que en la hipoteca de seguridad ni siquiera son aplicables. En ellas la fe pública registral tan solo da cuenta de la existencia y validez de la hipoteca, pero no respecto de la obligación garantizada que se desenvuelve al margen del Registro [...] En la práctica, no se articulan estas hipotecas de seguridad perfectamente posibles en derecho español, precisamente por temor a ser denegadas por la calificación registral en base a la doctrina de la DGRN. Se ha venido a sostener así que en nuestro derecho no caben las hipotecas flotantes. Por supuesto que caben, si bien configuradas como lo que son: hipotecas de seguridad, en las que debe fijarse un máximo de responsabilidad hipotecaria y en líneas generales la o las obligaciones pasadas, presentes o futuras aseguradas”*.

⁶⁷ RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239). En el mismo sentido, RDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186). Otras resoluciones se conforman con *“identificar, al tiempo de su constitución [de la hipoteca], la relación jurídica de la que derive la obligación que se pretenda asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria”*, RRDGRN de 28 de abril de 1999 (RJ 1999/2223) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4740).

en la existencia de “*otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca y que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda [obligación]*” (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861).

No exige la DGRN en esta resolución la acumulación de las distintas obligaciones garantizadas por el expediente de la refundición en el saldo de una cuenta corriente, pero sí la determinación, dentro de la responsabilidad hipotecaria global, de qué porción de ésta corresponde a cada obligación. Por tanto, la DGRN da un paso más hacia la admisión de lo que luego sería la hipoteca flotante del art. 153 bis LH, sin llegar a asentar tres de las notas más características de la hipoteca flotante que finalmente acogería el legislador, a saber, (a) la innecesariedad de la conexión causal entre las obligaciones garantizadas, (b) la posibilidad de que queden garantizadas obligaciones puramente futuras e indeterminadas (en número, cuantía, etc.) y (c) la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria.

En este contexto, incluso tras la aprobación de la Ley 41/2007, la DGRN ha mantenido una interpretación plenamente continuista con su postura anterior de rechazo a la hipoteca flotante para cualquier caso que no tenga cabida en el art. 153 bis LH. La DGRN acepta que se puedan constituir hipotecas en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras, aunque no exista conexión causal entre ellas, ni se refundan con alcance novatorio en una única objeto de cobertura hipotecaria, pero estrictamente en el caso de que el art. 153 bis LH sea aplicable. En otro caso (cuando, por ejemplo, el acreedor hipotecario no es una de las entidades a que se refiere el art. 153 bis LH) se afirma que el rechazo de este tipo de hipotecas en garantía de varias obligaciones se encuentra “*fuertemente anclado en el derecho positivo y en la tradición jurídica de nuestro ordenamiento*” habiendo venido “*avalado por una continua doctrina de este Centro Directivo que, comenzando por la Resolución de 23 de diciembre de 1987, se extendió hasta la reforma citada llegando hasta la actualidad*”. La constitución de una hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, se dice, “*es contrario al principio de accesoriedad de la hipoteca*”; no cabe “*aunque se pacte un sistema liquidatorio de cuenta corriente que determine la global posición acreedora o deudora de las partes sin que aquellas pierdan su individualidad, pues la mera reunión contable de las distintas obligaciones no hace nacer una nueva susceptible de cobertura hipotecaria única*”, siendo preciso “*para que dicho efecto se produzca [...] un acuerdo novatorio expreso que incluya la determinación de las líneas generales de las obligaciones cubiertas por el pacto y que la exclusión o inclusión de cada una de ellas*

resulte del propio convenio y no quede al arbitrio de una de las partes”⁶⁸. Se apela, en apoyo de esta tesis, al preámbulo de la propia Ley 41/2007⁶⁹, al justificar la introducción de la hipoteca flotante en la constatación de la inflexible interpretación de los principios de accesoriedad y determinación, de forma que introduce la hipoteca de máximo si bien *“limitado a las entidades de crédito y no a cualquier otro acreedor”*. La DGRN descarta que, cuando esa misma Ley 41/2007 modifica el art. 12 LH para referirse expresamente a la identificación en la inscripción de la hipoteca de *“las obligaciones garantizadas [en plural], cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”*, y como disyuntiva, a la identificación del *“importe del principal de la deuda [en singular] o, en su caso, el de los intereses pactados”*, se pretenda *“admitir de forma general e incondicionada la constitución de una sola hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, ya presentes, vencidas o no, ya futuras, y sujetas o no a un mismo régimen jurídico y dotadas o no de conexión causal entre sí o recíproca relación de dependencia o accesoriedad pues admitirlo así llevaría al absurdo de convertir en inútil la novedad incorporada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria reformada, con el que además entraría en contradicción provocando una patológica antinomia por incluir este unas limitaciones subjetivas de las que aquella carece”*⁷⁰.

Por las razones que se desarrollan en las siguientes páginas entiendo que el rechazo de la DGRN sobre la hipoteca flotante inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley 41/2007 no se ajustaba a nuestro Derecho entonces vigente. E igualmente, que el mantenimiento por la DGRN de esa misma posición continuista de rechazo para cualquier hipoteca flotante que no tenga acomodo en el art. 153 bis LH tampoco se ajusta a nuestro Derecho vigente⁷¹.

⁶⁸ Citas de la RDGRN de 29 de noviembre de 2012, JUR 2012/396127, F.D. 1.º. En el mismo sentido, F.D. 7º y 8º de las RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente).

⁶⁹ *“La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. [...] Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados”* (apartado VII).

⁷⁰ RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente) (F.D. 7.º). La DGRN sin embargo no explica por qué, si la modificación del párrafo primero del art. 12 LH se justifica en la introducción del art. 153 bis LH, se hace una referencia a la *“duración”* de las obligaciones, en lugar de a la *“duración”* de la hipoteca, que es lo que exige el art. 153 bis LH.

⁷¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *“La hipoteca flotante”*, *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, Curso académico 2007-2008, pp. 446-447.

2.3 Rasgos distintivos

Se ha admitido en el art. 153 bis LH la modalidad de hipoteca flotante “pura”. Ha sido la agitada discusión de las últimas décadas sobre la utilización de la hipoteca en garantía de cuenta corriente del art. 153 LH como instrumento para dar cabida a la hipoteca en garantía de varias obligaciones, lo que justifica que, al hablar de “hipotecas flotantes”, se sigan usando expresiones como “*existencia o no de nexo causal entre las obligaciones*”, “*pacto novatorio que extinga la individualidad de las obligaciones garantizadas o no*”, “*selección discrecional por el acreedor de la obligación u obligaciones que determinan la ejecución*”, etc., algunas de las cuales incluso han quedado reflejadas en la redacción final del art. 153 bis LH⁷². Todas estas menciones se entienden en el contexto doctrinal y jurisprudencial en el que ha surgido la hipoteca flotante, porque el art. 153 bis LH contraría abiertamente la posición mantenida por la DGRN⁷³, pero son innecesarias para definir el núcleo básico de lo que es o debe ser, una hipoteca flotante en Derecho español, y que es, por un lado, una hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún con causa diferente (es decir, una hipoteca que quiebra el viejo axioma “una obligación-una hipoteca”, tenido por algunos incluso como principio hipotecario) y, por otro, una hipoteca en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas en sus perfiles y que hayan de surgir de relaciones jurídicas aún no nacidas.

En concreto, la referencia a la innecesariedad del pacto novatorio pretende excluir el requisito, esencial en la interpretación de la doctrina registral hasta la Ley 41/2007, de que la obligación garantizada sea una obligación distinta de aquéllas efectivamente contraídas, surgida de la refundición extintiva de todas ellas, sin que ello implique (ni

⁷² “[...] *sin necesidad de pacto novatorio de las [obligaciones garantizadas]*”. Esta mención no aparecía en el Anteproyecto de octubre de 2006. La AHE recomendó su inclusión en el Proyecto (Asociación Hipotecaria Española: “Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia”, 5 de diciembre de 2006, p. 6) para, por un lado “*garantizar, en la propia ley que la crea, que esa nueva posibilidad que se abre a la sociedad española de movilizar su patrimonio no se verá gravada en un futuro próximo (reglamento, decreto, etc.) con ningún tipo de tasa o arancel cada vez que haya de experimentar alguna modificación en las deudas que garantiza*” y “*evitar dudas interpretativas que pudieran afectar a la creación y desarrollo de los productos vinculados a esta figura, agilizando a la vez la inscripción registral*”. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA también endosa la conveniencia de la mención para cercenar de raíz la posibilidad de aplicación a esta nueva figura de la interpretación registral existente (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la admisión...”, *op. cit.*, pp. 1.344 y 1.345).

⁷³ NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Los problemas de las hipotecas flotantes”, *op. cit.*, p. 191-192; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 165-204.

mucho menos) que la hipoteca del art. 153 bis LH se base en una obligación abstracta de pago⁷⁴ o contemple algo parecido a una deuda territorial en Derecho alemán.

Se puede perfectamente defender que la hipoteca flotante del art. 153 bis LH supone un paso más en el progresivo debilitamiento del principio de especialidad, y también del de accesoriedad, dado que la hipoteca gana cierta (leve) autonomía respecto de las obligaciones garantizadas, al no exigirse ya la novación extintiva de las obligaciones garantizadas. La hipoteca sigue garantizando uno o más créditos (aún futuros), pero sin que se exija la constancia registral de todos los elementos identificativos o descriptivos de tales créditos y sin que la suerte de la hipoteca se anude irremediabilmente a la de cualquiera de los créditos garantizados (que podrán extinguirse separadamente, total o parcialmente, sin que eso tenga un correlativo efecto reflejo en la hipoteca). La hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras (ya las concretas obligaciones futuras identificadas en el título, ya un número indeterminado o abierto de obligaciones futuras de la clase o el tipo allí consignados) sigue, por ello, el molde de las hipotecas de seguridad⁷⁵, en las que la determinación de las circunstancias del crédito garantizado se produce al margen del registro.

Durante décadas, el principio de determinación o especialidad ha sido entendido en nuestro Derecho como el principio de organización registral en el que se basa la eficacia del sistema. Este principio impone la perfecta delimitación de la finca sobre la que recae el gravamen, el crédito asegurado y la suma por la que responde la finca (arts. 12, 119 LH, 216 y ss. RH). El principio de determinación es el presupuesto de los severos efectos que la normativa registral impone: legitimación registral, fe pública registral, inoponibilidad de lo no inscrito, oponibilidad de lo inscrito, presunción de validez, etc., tanto a favor de las partes de un negocio o los titulares de cualquier derecho real, como de los terceros al negocio o que pueden adquirir algún derecho sobre inmuebles o derechos reales inscritos sobre los mismos.

La accesoriedad, por contra, es la consecuencia del carácter instrumental, derivado o mediato de la garantía, en relación al crédito al que sirve, de la dependencia funcional o estructural de la hipoteca (de la garantía real, en general) respecto del crédito garantizado⁷⁶.

⁷⁴ CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca en la Ley 41/2007”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Fundación Registral, 2008, p. 74.

⁷⁵ O “hipotecas cautelares”, término tomado de la “*Sicherungshypothek*” alemana.

⁷⁶ PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 267;

En la redacción del art. 153 bis LH se ve también la influencia de la STS n.º 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484) ya referida, en la que se define la hipoteca de máximo (tomando las palabras de ROCA SASTRE) como *“aquella que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios”* (F.D. 4.º), que se caracteriza por cuatro notas básicas:

- (a) *“fijación de un límite superior de responsabilidad hipotecaria”*, dice el Supremo, que el legislador escribe como *“la cantidad máxima de que responde la finca”*;
- (b) *“indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la misma”* (Supremo) y *“en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras”* (legislador);
- (c) *“indicación del crédito en sus líneas fundamentales”* (Supremo) y *“descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”* (legislador); y
- (d) *“concreción por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado”* (Supremo) frente a *“[p]odrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura”* (legislador).

El primer logro, por tanto, del art. 153 bis LH estriba en permitir la constitución de una única hipoteca en garantía de dos o más obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, incluso aunque no exista nexo alguno entre ellas, lo que se justifica en la sentida *“necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas”* (apartado VII del preámbulo de la Ley 41/2007)⁷⁷.

ANGUITA RÍOS, Rosa María: *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Colección Monografías de Derecho Civil, IV, Propiedad y Derechos Reales, Madrid: Dykinson, 2006, p. 464; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: “La hipoteca inmobiliaria” en DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.): *Curso de Derecho civil*, vol. III (*Derechos reales*), Madrid: Colex, 20011, (4.ª ed.) p. 549; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca: el alcance del principio de accesoriedad*, Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 134 y ss.; MUÑIZ ESPADA, Esther: *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid: Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, pp. 26, 33 y 252 y ss.

Se decía que la ecuación “una obligación-una hipoteca” era consecuencia inmediata e ineludible de los principios de accesoriedad⁷⁸ y determinación de la hipoteca en nuestro Derecho⁷⁹. Son muchos los preceptos legales que apoyan que esa ecuación no tenía (ni desde luego ahora tiene) rango de dogma incuestionable⁸⁰:

hipoteca en garantía de varios créditos, de distintos acreedores y distinta naturaleza, en el derecho anterior a la reforma que se señala en BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la ley 2/1994 (Recarga de la Hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (Hipoteca Recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado”, *RJN* n.º 71 (julio-septiembre 2009), p. 20), que ciertamente contrasta con la posición de la DGRN (y de una parte de la doctrina). También MUÑIZ ESPADA parece restar trascendencia a la innovación que supone el art. 153 bis LH afirmando que ya el art. 142 LH permitía la hipoteca en garantía de obligación futura (MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria” en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SANCHEZ JORDÁN, Elena (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Ed. Edisofer, 2009, pp. 226-227), lo que no se concilia con la interpretación de la DGRN anterior a la Ley 41/2007 en lo que a créditos puramente futuros se refiere. Enfatiza por el contrario la novedad de la figura FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS (FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, p. 209: “[...] la norma pues, frente a lo que ha podido sostenerse [...] es enteramente novedosa. Y es que ninguna norma de nuestro ordenamiento autorizaba a asegurar aquellas diversas obligaciones presentes y/o futuras, ni a conseguir resultados funcionalmente análogos”).

⁷⁸ En contra, DE LA RICA ARENAL, Ramón: “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, IV, 1948, pp. 323 y 324. Es uno de los trabajos más elaborados encaminado a cuestionar la accesoriedad de la hipoteca. En sentido parecido, LACAL, Pascual: “El mito de la accesoriedad de la hipoteca”, *RDP* n.º 392, noviembre, 1949, pp. 925-936; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de Derechos Reales*, tomo II (*Los Derechos Reales Limitados*), Madrid: Ed. Civitas, 1987, pp. 140-144; REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “La hipoteca como derecho real divorciado del crédito” en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos...*, op. cit., pp. 25-56.

⁷⁹ Entre otros, AVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (estudio registral...*, op. cit. pp. 64 y ss. o DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario” [en línea], 12 de marzo de 2008, <<http://www.notariosregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mercadohipotecario/principioshipotecarios.htm>> [consulta: 19 de enero de 2012], pp. 1-2. En contra, entre otros, ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, pp. 65 y ss.; DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, *La Ley* n.º 6727, Año XXVIII, de 4 de junio de 2007, pp. 1 y ss. o MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante”, op. cit., pp. 443-444. RRDGRN 14 de febrero de 1935 (CL 134), 15 de marzo de 1935 (RJ 1935/716) y 24 de julio de 1998 (RJ 1998/5979). Vid. SSTs n.º 858/1995 de 6 de octubre de 1995 (Sr. Marina Martínez-Pardo) (RJ 1995/7022), n.º 1098/1993 de 18 de noviembre de 1993 (Sr. Marina Martínez-Pardo) (RJ 1993/9149), de 13 julio 1984 (Sr. Serena Velloso) (RJ 1984/3980), de 23 de abril de 1957 (RJ 1594/1957) o de 29 de junio de 1989 (Sr. Fernández Rodríguez) (RJ 1989/4797), que dice: “[...] por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquella subsiste en tanto que este también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste, y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1.528 del Código Civil” (F.D. 2.º).

⁸⁰ RRDGRN de 17 y 18 de marzo de 2008 (RJ 2008/1309 y 2008/809, respectivamente): “Ya antes de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, esta Dirección General entendió en sus Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8117) que «La máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto. Sobre una interpretación meramente literal de los artículos

- (a) La hipoteca puede cubrir una deuda por principal, por intereses ordinarios, por intereses de demora y por costes y gastos aunque la naturaleza de cada una de estas obligaciones sea bien distinta (por más que deriven de un negocio jurídico único).
- (b) El principio de indivisibilidad de la hipoteca (art. 1.860 CC) permite la disociación entre crédito e hipoteca en caso de pago, condonación o confusión parcial, por ejemplo.
- (c) En la subrogación del crédito con amparo en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, se permitía (incluso antes de la reforma introducida por la Ley 41/2007), una novación objetiva del crédito hasta en perjuicio de los titulares posteriores (como por ejemplo, si se aumentaba el tipo de interés), manteniéndose la hipoteca.
- (d) La hipoteca en garantía de obligaciones alternativas, la hipoteca sujeta a condición suspensiva⁸¹ (art. 1.125 CC y ss.; 23 LH y 142 LH), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (art. 142 LH), la hipoteca a término, la hipoteca unilateral del artículo 141 LH o, incluso, la hipoteca prestada por notarios y registradores conforme a los artículos 27 del Reglamento Notarial o 525 RH son ejemplos en que se trunca la coincidencia exacta hipoteca-obligación.

1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, y atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico. Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores (o al menos sean éstos determinables, como –con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito– se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad. Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria será necesario, en principio y por exigencias de determinación del derecho real constituido –artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria–, establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía (cfr., por todas, las Resoluciones de 14 febrero y 15 de marzo de 1935, 26 y 31 de octubre de 1984, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987; así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991)». Sobre el alcance de la accesoriedad, véase también GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 186-189 y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la admisión...”, *op. cit.*, pp. 1.340-1.345.

⁸¹ RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6940 y 2005/6941, respectivamente), sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona de 14 de mayo de 2007 y sentencia de la AP Barcelona de 17 de junio de 2008 (JUR 2008/265700) (dictada en la apelación de la anterior). Véase también ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derechos Reales*, *op. cit.*, pp. 142-143.

- (e) En la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del art. 157 LH se autoriza la constitución de un único gravamen en garantía de cada una de las rentas o prestaciones sin que se imponga el mismo origen causal⁸².
- (f) El art. 118 LH permite que una hipoteca constituida en garantía de un crédito pase a garantizar, ante su pago por el deudor personal, el crédito de éste (acción contractual de reintegro o extracontractual de enriquecimiento) contra el comprador que ha retenido o descontado su importe del precio de compra, igual que el art. 231 RH autoriza al deudor o al tercer poseedor que pague un crédito preferente asegurado por hipoteca subrogarse en esta frente al adjudicatario o rematante que haya asumido la responsabilidad en las cargas o gravámenes anteriores o preferentes en la ejecución de una carga posterior.
- (g) Ejemplo más radical aún de disociación hipoteca-crédito se establece en el art. 232 RH, en el que se admite la misma regla de subrogación respecto de las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito o análogas si se acreditase que la obligación garantizada no llegó a contraerse (art. 232 RH).
- (h) En todas las hipotecas legales existe una gran indeterminación en cuanto a las obligaciones aseguradas, abriéndose las consecuencias indemnizatorias que pueden derivar del incumplimiento de los deberes impuestos en el seno de determinadas relaciones jurídicas amplias (la de patria potestad, la de tutela, etc.).

La DGRN ha aceptado, en ocasiones, la hipoteca en garantía de varias obligaciones. En la resolución de 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285) se admitía la constitución de una hipoteca en garantía de varias letras de cambio. La de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8117) aceptó que una hipoteca cambiaria cubriera intereses extracambiaros con tal de que se respetaran los límites del art. 114 LH. En relación a la ampliación de un préstamo hipotecario, la RDGRN de 17 de marzo de 2008 (La Ley 2079/2008), consolidando otra de 8 de abril de 2002 (La Ley 7122/2002), admitió el desdoblamiento de un préstamo inicial en dos tramos, quedando uno de ellos sujeto a las condiciones exigidas por la normativa reguladora de las ayudas públicas a la financiación de la adquisición de vivienda y, por tanto, sujetos a regímenes no coincidentes (dando lugar la división en el crédito a una división en la garantía, en el sentido de que podrá el acreedor hipotecario ejercer sus facultades –y en particular, el

⁸² REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula...”, *op. cit.*, p. 97.

ius distrahendi– de forma independiente respecto de cada parte del capital prestado, pero sobre la totalidad del objeto hipotecado).

En todo caso, la elocuencia de la redacción del art. 153 bis LH no deja lugar a dudas: cabe la constitución de hipoteca al amparo del art. 153 bis LH en garantía de varias obligaciones, sin que suponga objeción alguna el hecho de que el art. 1.851 CC (¡y otros tantos!) no haya sido reformado para contemplar el plural junto al singular que ya incluye (“[...] *una obligación principal*”).

Adviértase que la declaración de innecesariedad de pacto novatorio que recoge el art. 153 bis LH no impide que las partes puedan voluntariamente acordar la novación de las distintas obligaciones integradas en la cuenta (y, en tal caso, debería inscribirse así la hipoteca, por tener tal pacto carácter real al afectar al derecho real de hipoteca en lo que hace a la obligación garantizada). No se ve, en principio, la utilidad de tal pacto en caso de hipoteca global, puesto que con ella las partes pretenden, precisamente, abonar un campo de cultivo óptimo para el posterior surgimiento de distintas relaciones crediticias, cada una de las cuales podrá tener términos –y garantías reales– específicas, que las partes no querrán ver extinguidas por el carácter novatorio de su refundición.

Y la segunda de las grandes utilidades de las hipotecas flotantes, que la redacción del art. 153 bis LH ha acogido, es la de servir como garantía de una pluralidad de obligaciones no completamente determinadas o incluso de una hipoteca en garantía de varias obligaciones presentes y futuras⁸³. Es esta quizá la característica más específica⁸⁴.

Los beneficios de este cambio legislativo son, en mi opinión, relevantes⁸⁵. El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación: se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (es decir, “*estirando*” el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y cancelar hipotecas sucesivas para

⁸³ Rechazadas (en base en la construcción introducida por las RRDGRN de 4 de julio de 1984 –RJ 1984/3851–, 23 de diciembre de 1987 –RJ 1987/9722– y 22 de marzo de 1988 –RJ 1988/2563–) también por la distinta naturaleza de la hipoteca en garantía de obligaciones presentes y la de obligaciones futuras “*a numerosos efectos, entre ellos, por ejemplo, la distinta forma de operar respecto de los intereses [...]. O también en cuanto al ejercicio del procedimiento judicial sumario en las ordinarias o presentes y exigiendo para las futuras la nota marginal del artículo 143 LH*” (GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier: *Práctica hipotecaria...*, op. cit., p. 195).

⁸⁴ Hasta el punto de que se haya definido la hipoteca flotante del art. 153 bis LH por referencia a la posibilidad de garantizar obligaciones indeterminadas (MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, op. cit., p. 219). Esta es una de sus posibilidades, pero no la única. Por eso nos parece más correcto conservar el nombre de hipoteca “*global*” para la hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras e indeterminadas (abierta) y la de hipoteca “*flotante*” para la hipoteca en garantía de varias obligaciones, aunque sean todas ellas presentes.

⁸⁵ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales (CER), 1997, pp. 18-23.

garantizar distintas operaciones.

La generalización del efecto de la garantía respecto de distintos negocios jurídicos, además, disminuye los costes de información del acreedor, puesto que ya no se hace necesario que en cada operación el acreedor audite el bien con carácter previo para asegurar la posibilidad de inscripción de la carga y su rango. La existencia de la hipoteca puede incluso relevar al acreedor del coste de actualización de la información sobre la capacidad económica del deudor (en la medida en que el valor del bien y la responsabilidad hipotecaria sean desproporcionadamente grandes respecto del riesgo vivo en cada momento) o, en todo caso, minimizar esa carga⁸⁶. Se simplifican, así, los trámites administrativos para la concesión de nuevo crédito⁸⁷.

La reducción de la carga de información y la simplificación de los trámites inherentes a la concesión de crédito redundan (o debería redundar) en última instancia en el abaratamiento del crédito.

La hipoteca flotante global, adicionalmente, conjura el riesgo que para el acreedor representa el rigor de las previsiones del art. 1.852 CC (en relación con los arts. 1.851 y 1.835 CC) en las operaciones de refinanciación, en caso de hipoteca constituida por hipotecante no deudor⁸⁸. En efecto, el hipotecante no deudor no puede aspirar a la

⁸⁶ Lo anterior, obviamente, con independencia de las crecientes obligaciones impuestas a las entidades de crédito en torno a la “concesión responsable de crédito”, que les obligarán a reevaluar la capacidad de reembolso del acreedor al tiempo de la concesión del nuevo crédito (*vid* art. 29.1 de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y arts. 11 y 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, si bien estos últimos no se aplican a los préstamos hipotecarios conforme al art. 3 a) de esa misma ley). *Vid.* DÍAZ RUIZ, Emilio: “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, *Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, n.º extraordinario, 2011, p. 225.

⁸⁷ Ni la contundencia de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, ni de la redacción del art. 153 bis LH son suficientes para terminar de convencer a algunos autores de la radicalidad del cambio legislativo efectuado por voluntad del legislador (BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, pp. 17-19, 22-23), sin que se aporten, sin embargo, argumentos convincentes en contrario. Se apela a resoluciones de la DGRN anteriores a la Ley 41/2007 para continuar negando determinados efectos que el art. 153 bis LH reconoce sin limitación o condicionante algunos.

⁸⁸ Existe una tendencia reciente en la jurisprudencia a excluir la aplicación del 1.852 CC en relación al hipotecante no deudor. Así la STS n.º 18/2009 de 3 de febrero de 2009, Secc. 1.ª (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2009/1361), pese a presuponer en la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena la misma función o causa de garantía que en la fianza, apoyándose en la diferente extensión de la atribución patrimonial del fiador y del hipotecante no deudor: “[...] *el hipotecante no deudor paga como tercer interesado, no como garante; que dicho hipotecante no está obligado, y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio y la del hipotecante se limita al bien dado en garantía; y que el art. 1.852 CC es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del art. 1.839 CC*”. Se critica esta opción en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1361)”, *CCJC* n.º 81, 2000 pp. 1.221-1.237, en tanto que se aplaude por Díez GARCÍA, con el argumento de que la aplicación del art. 1.852 CC exige un perjuicio cierto, no abstracto, al garante (en este caso, al hipotecante no deudor) derivado de las acciones del acreedor previas al pago (DÍEZ GARCÍA, Helena: “Efectos del pago

extinción de una hipoteca flotante pura o global atendiendo a la prórroga concedida por el acreedor al deudor que no haya consentido.

El acreedor flotante goza del derecho de realización de valor respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos e impagados o de todos ellos, a su opción, sin necesidad de renunciar para ello a las garantías específicas de cada uno de los créditos garantizados, que sería el efecto de la novación extintiva de la refundición en una única cuenta de crédito o corriente que la DGRN venía exigiendo para admitir la hipoteca semi-flotante antes de la Ley 41/2007⁸⁹.

Por último, en la hipoteca en garantía de obligación futura y en la pura flotante o global, el establecimiento anticipado de la garantía puede ponerla a salvo de las acciones rescisorias concursales del art. 71 LC cuando la hipoteca se constituya más allá del periodo sospechoso de dos años allí establecido⁹⁰ (véase el Capítulo XII al respecto) y, en general, hace más difícil su impugnación con base en el fraude de acreedores, tanto para el caso de que el escudo protector que resulta del art. 10 LRMH fuera aplicable para vedar la vía de la rescisión concursal *ex* art 71 LC, como cuando sólo cupiera la rescisión por fraude conforme al art. 1.111 CC, toda vez que se sitúa en un momento temporalmente más alejado del deterioro de las circunstancias que finalmente conducen a la insolvencia.

La flotante cubre, finalmente, la función de derecho real de garantía propia de cualquier hipoteca⁹¹ (*ex* arts. 1.858 CC y 129 y ss. LH), en la medida en que permite al deudor “*cualificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que*

efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria. Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/1361)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 15, 2009. Con otro fundamento, la STS n.º 858/1995 de 6 octubre de 1995 (Sr. Marina Martínez-Pardo) (RJ 1995/7022) (“*En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador*”, F.D. 5.º de la primera citada), por lo que acaba excluyendo la aplicación del art. 1.843 CC.

⁸⁹ Lo que supone una “*superposición de garantías*” según GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca: la hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo” en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (coord.): *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, IV (*Derechos Reales, Hipotecario y Registral*), Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, pp. 1.140-1.141.

⁹⁰ Afirmación que hago en ese punto no obstante la alarmante tesis mantenida en la STS n.º 527/2010 de 10 de septiembre de 2010 (Sra. Roca Trías) (RJ 2010/6967) en la que se califica el acto de integración en el saldo de la cuenta asegurada mediante una hipoteca de máximo como “*acto de disposición*” (aquejado por tanto de nulidad en caso de producirse en el periodo de retroacción de la quiebra, que es el supuesto de hecho de esta sentencia) y no como mero “*acto de liquidación*” de una obligación preexistente (no surgida en el periodo de liquidación) pero llamada a quedar cubierta por una hipoteca de máximo igualmente constituida más allá del periodo de acciones rescisorias concursales. Esta tesis se analiza más pormenorizadamente en el Capítulo XII.

⁹¹ Se enfatiza en la STS n.º 599/1997 de 3 de julio de 1997 (Sr. Fernández-Cid de Temes) (RJ 1997/6149) y en la DGRN de 3 de abril de 1998 (RJ 1998/3564).

quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento”, como también “*ampliar aquella responsabilidad patrimonial si un tercero ofrece alguno o algunos de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos*”⁹² y ello, por referencia al interés del acreedor (o acreedores) en una o varias obligaciones jurídicas, presentes y/o futuras.

2.4 La hipoteca flotante y la progresiva tendencia a la descausalización de las garantías reales

Al introducir la hipoteca flotante en el art. 153 bis LH, el legislador español parece haber prestado atención a muchas de las recomendaciones del grupo de trabajo sobre Eurohipoteca⁹³ orientadas a desacralizar el rigor del principio de accesoriedad inveterado en muchos de los sistemas legales europeos, como he mencionado anteriormente:

- (a) La hipoteca puede garantizar una obligación enteramente futura (esto es, un crédito cuya afluencia depende de la prestación de los correspondientes

⁹² LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, tomo III (*Derechos Reales*), vol. 2 (*Derechos Reales limitados. Situaciones de Cotitularidad*), Madrid: Dykinson, 2009 (3.ª ed.), p. 197.

⁹³ Un extracto de estas recomendaciones puede verse en DREWICZ-TULODZIECKA, Agnieszka (dir.): *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop. November 2004/ April 2005*, Polish Mortgage Credit Foundation, Polonia, 2005, pp. 69 y ss. (puede encontrarse una traducción al castellano en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy, Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 39 a 74). Las recomendaciones tomaron, como modelo de la Euro-hipoteca, el certificado de deuda hipotecaria del derecho suizo (*Schuldbrief*). Este grupo tuvo el antecedente lejano del comité de expertos liderados por el profesor Claudio SÈGRE que, en otoño de 1966, formularon un extenso informe sobre el desarrollo del mercado europeo de capitales y en el que recomendaron vivamente la incorporación de un modelo uniforme de hipoteca que podría articularse sobre el modelo de la deuda inmobiliaria alemana: “*The German Grundschuld could be suggested here, a very adaptable means of providing security*” (“*The Development of a European Capital Market*”, p. 175). En 2004 el Subcomité de Garantías (*Collateral Sub-committee*) del *Forum Group on Mortgage Credit* de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea hizo suyas algunas de las conclusiones de este grupo de trabajo, quizás las más programáticas, como la recomendación en favor de una aplicación menos estricta del principio de accesoriedad (de forma tal que las vicisitudes en el crédito no se trasladaran automática e inexorablemente a la garantía) (Recomendación 36) o la recomendación sobre la introducción de una garantía inmobiliaria no accesoría de aplicación uniforme en el seno de la Unión Europea cuyos perfiles permitieran su utilización para la cobertura de varios créditos (“*offer mortgage collateral as security for more than one mortgage credit*”), sobre varios activos situados en varios Estados Miembros (“*meet the requirements for a cross-collateralisation on a cross-border basis*”), que no se viera perjudicada ni tuviera que acomodarse a las modificaciones que pudieran producirse en las obligaciones garantizadas en caso de sindicación, titulación, novación (“*meet the requirements for securitisation and mortgage portfolio management*”) y “*enable the creation of bank syndicates for mortgage finance*”) y permitiera una cesión o transferencia autónoma y simple de la garantía (“*enable easy transfer of the mortgage as well as the property*”) (Recomendación 37 y Considerando 117). Ninguna de estas iniciativas, sin embargo, ha tenido un traslado a derecho positivo europeo.

consentimientos negociales, sin que exista, al tiempo de la constitución de la hipoteca, compromiso o vinculación alguna del cual haya de surgir).

- (b) Se admite la reutilización de la garantía para la cobertura de un nuevo crédito (recarga) cuando el original ha sido total o parcialmente amortizado.
- (c) La hipoteca permite la cobertura de deudas de importe fluctuante (lo que es conveniente, por ejemplo, en la financiación de construcción), así como la agrupación de deudas en un pacto de cuenta corriente, sin que las obligaciones individuales integradas en el saldo pierdan su autonomía.
- (d) La hipoteca resiste incluso la novación extintiva del crédito originalmente garantizado (puesto que puede amparar también el nuevo crédito que sustituye por novación extintiva al anterior), lo que puede ser extremadamente conveniente para facilitar la dispersión del riesgo soportado inicialmente por el acreedor hipotecario en el mercado (a través de las herramientas de la sindicación bancaria, la titulización, la emisión de títulos hipotecarios –*mortgage-backed securities* o “MBS”–, etc.).
- (e) La hipoteca permite la cobertura de varios créditos del mismo acreedor (“*multi-purpose hypothec*”).
- (f) El acreedor hipotecario tiene derecho a iniciar un procedimiento de ejecución administrado por un juez (o que permita recurso ante un juez) respecto de la cosa hipotecada basado exclusivamente en su titularidad sobre la hipoteca, sin que recaiga sobre él la carga de probar la deuda o las obligaciones incumplidas. Se reconoce al propietario de la cosa sin embargo derecho de oposición fundado en el título de las obligaciones o en el acuerdo de emisión de la garantía real. Como veremos en el apartado relativo a la ejecución, esta recomendación no ha sido expresamente contemplada en el Derecho español⁹⁴.

No sigue la Ley española algunas de esas recomendaciones, lo cual no quiere decir que la flotante española prohíba o no permita conseguir los efectos jurídicos de estas recomendaciones. En particular, las siguientes no encuentran acogida expresa en las normas españolas:

⁹⁴ Algunas de estas recomendaciones hicieron mella incluso en un colectivo no sospechoso de innovar apresuradamente, como el de los registradores (*vid.* Conclusiones del III Congreso Nacional de Registradores, Granada, 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre de 2006 que, sin embargo, acaba abogando por profundizar en las vías interpretativas sobre la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del art. 153 LH –en la línea de la RDGRN de 1 de junio de 2006, La Ley 70250/2006– para satisfacer las nuevas exigencias del tráfico).

- (a) Descausalización: La constitución, transferencia o validez de la garantía no depende de la existencia o validez de las obligaciones garantizadas, si bien se reconocen al propietario del bien hipotecado derechos o acciones frente al acreedor hipotecario que se comporta de forma no permitida en el acuerdo de creación de la garantía real (*security agreement*) en el contexto del cual se constituyó la hipoteca (básicamente, un derecho a la compensación de los daños).
- (b) Derecho de rescate: Cuando las obligaciones aseguradas por la garantía han sido amortizadas, el propietario de la cosa gravada tiene la facultad de “rescatar” la hipoteca. El rescate puede materializarse mediante la cancelación de la hipoteca (opción plenamente conforme con el Derecho español), pero también mediante la transmisión de la hipoteca a un tercero por él designado o incluso a él mismo (surtiendo, a partir de ese momento, los efectos propios de una hipoteca de propietario). Adviértase la semejanza de este derecho de rescate con lo previsto en el art. 812 (1) BGB alemán al que me refiero en el Capítulo II.
- (c) Hipoteca de propietario: El propietario puede establecer la hipoteca en su favor, manteniéndose sus derechos como acreedor hipotecario para el caso de que posteriormente se transmita el inmueble a terceros (nuevamente, en clara sintonía con el Derecho alemán).
- (d) Incorporación de la hipoteca a título-valor: Las recomendaciones contemplan la posibilidad de que la hipoteca se estructure como un título-valor o derecho negociable (*certified right* o *letter right*) o como derecho de contenido registral o no negociable (*registered only right* o *non-letter right*), a discreción de las partes. En el primer caso, los derechos del acreedor se trasladan por la mera entrega del título-valor (aun cuando no se haga constar en el registro).
- (e) Cesión autónoma de la hipoteca: La garantía puede cederse al margen del crédito o créditos garantizados, de forma que pase a proteger otros créditos (presentes o futuros) del cesionario. Cabe en cualquier momento escindir o separar la garantía real de la obligación asegurada, de forma que no sólo en la fase estática de la hipoteca, sino también en la fase dinámica, es posible que quien ejercita los derechos no sea realmente el acreedor en la obligación garantizada (y no sólo a consecuencia de una patología o funcionamiento anómalo del sistema).
- (f) Efectos de la ejecución sobre las cargas de igual rango o posteriores: En caso de ejecución, las cargas de igual rango que las del ejecutante y las de rango posterior

se purgan por la ejecución, pero los acreedores tienen derecho al sobrante de la ejecución, por su orden. Tales titulares registrales tendrán derecho a la subrogación en la hipoteca mediante el pago de la responsabilidad hipotecaria asegurada por la hipoteca (cualquiera que sea el importe de la deuda garantizada por la que se ejecute). El ejecutante aplicará el importe recibido a la satisfacción de la deuda por la que se ejecuta (y pondrá el remanente a disposición de los titulares registrales posteriores y del propietario, en su caso). El Derecho español es coherente con este planteamiento, en lo que a las cargas posteriores se refiere, pero no respecto de las de mismo rango que las del ejecutante, pues en el art. 227 RH la regla es exactamente la contraria (persistencia de la hipoteca del mismo rango que, a estos efectos, se comporta como una carga preferente).

DERECHO COMPARADO**1. Antecedentes de Derecho comparado a favor y en contra**

Merece la pena tomar una visión panorámica del abordaje que diferentes sistemas normativos han hecho a la posibilidad de otorgar hipotecas en garantía de un cúmulo de obligaciones, aún futuras, y del grado de exigencia en torno a su delimitación al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca. Como se apreciará en las páginas siguientes, las opciones de política legislativa son tremendamente dispares, con ordenamientos en los que domina una concepción muy estricta de los principios de accesoriedad y especialidad (en los que no caben figuras, siquiera próximas, a nuestra flotante del art. 153 bis LH) y otros en que la abstracción y el distanciamiento crédito-hipoteca se lleva al extremo, lo que da pie a que con una misma garantía se cubran todo tipo de obligaciones, aún con nula identificación en el acto constitucional, jugando esta flexibilidad no sólo a beneficio del acreedor sino, incluso, del propietario de la cosa hipotecada.

1.1 Sistemas en los que predomina una concepción estricta del principio de accesoriedad.**1.1.1 Derecho portugués**

El Derecho portugués se mantiene fiel a una tradición hipotecaria netamente accesorial. Aunque admite que la obligación garantizada pueda ser futura o condicional (art. 686º.1 del Código civil portugués aprobado mediante Decreto-Ley n.º 47.344, de 25 de noviembre de 1966), acepta como incuestionable el axioma “una obligación-una hipoteca”⁹⁵. Así, la hipoteca no asegura los intereses o elementos accesorios al crédito salvo que consten en el registro (art. 96º del *Código do Registro Predial*) y en ningún caso por plazo superior a 3 años, salvo que sean asegurados mediante nueva hipoteca (art. 693º); la hipoteca se mantiene no obstante la división del crédito o su amortización parcial (art. 696º); la extinción de la obligación a que sirve de garantía, provoca la extinción de la hipoteca (art. 730º. a) y se contemplan importantes limitaciones a la

⁹⁵ PIRES DE LIMA, Antonio y DE MATOS ANTUNES VARELA, João: *Código civil anotado* (con la colaboración de M. HENRIQUE MESQUITA), vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1987 (2ª ed), pp. 716. PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: “Hipoteca”, *Anteprojecto do Código Civil, Boletim do Ministério de Justiça*, n.º 62, pp. 302. HELBLING MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel: *Da Hipoteca. Caracterização, constituição e efeitos*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 23-24, 48-49, 76-79 y 85 y ss.

admisión de la hipoteca de seguridad. Respecto de la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional, la preferencia de la hipoteca se refiere a la fecha de inscripción de la misma y no la de cumplimiento de la condición o nacimiento de la obligación futura, incluso en perjuicio de acreedores o titulares registrales intermedios⁹⁶.

Las únicas concesiones –no menores– a la abstracción de la garantía son la posibilidad de ceder la hipoteca sin el crédito que asegura, para la seguridad de otra obligación del mismo deudor con otro acreedor (y con el consentimiento del dueño, si fuera distinto del deudor) (art. 727º) o la cesión del rango hipotecario (art. 729º)⁹⁷.

Adviértase que lo primero no es, propiamente, una subhipoteca (tal y como se configura en Derecho español). No se trata de utilizar el crédito hipotecario como derecho inmobiliario para asegurar (con carácter real) una obligación de dicho acreedor (o de un tercero), sino de asegurar, con la hipoteca existente, una obligación de otro acreedor debida por el mismo deudor. De ahí que se establezca expresamente (art. 728º.2) que, inscrita la cesión, la posterior extinción del crédito hipotecario inicial en nada perjudican la hipoteca del nuevo acreedor (como ocurriría, indefectiblemente, en una subhipoteca).

No se contempla, sin embargo, la reutilización o recarga de la hipoteca (es decir, la afectación del bien en seguridad de otro crédito del mismo acreedor hipotecario) porque estas únicas concesiones a la abstracción se hacen regir por las reglas de la cesión de créditos (art. 727º.1 y 729) y, por tanto, en el presupuesto de la dualidad cedente-cesionario. Tampoco cabe que la hipoteca garantice más de un crédito, ya mediante la cesión autónoma de la hipoteca para la seguridad de más de un crédito, ya a través de una cesión sólo parcial de la hipoteca (de forma que quede garantizando la hipoteca el viejo y un nuevo crédito), dado que se exige que la hipoteca se ceda en su totalidad y al mismo acreedor (art. 727º.2) y que, en todo caso, la hipoteca sólo garantice el nuevo crédito dentro de los límites del crédito anterior (art. 728º). Por lo tanto, es posible ceder la hipoteca en garantía de un crédito mayor o menor que el inicial pero, si el nuevo crédito es mayor, sólo servirá la hipoteca hasta el límite del antiguo⁹⁸, en tanto que si el nuevo crédito es menor, quedará el nuevo acreedor expuesto al riesgo

⁹⁶ DE MATOS ANTUNES VARELA, João: *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1997 (7.ª ed.), pp. 106 y 109.

⁹⁷ MOREIRA, Guilherme: *Instituições de Direito Civil português*, vol. 1, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907; vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1925 (2.ª ed.).

⁹⁸ PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: “Hipoteca”, *op. cit.*, p. 68. DE MATOS ANTUNES VARELA, João: *Das Obrigações...*, *op. cit.*, p. 123.

de la reducción judicial de la hipoteca, que se admite, respecto de las hipotecas voluntarias, cuando a consecuencia del cumplimiento parcial o de otra causa de extinción de la obligación garantizada, la deuda se haya reducido a menos de dos tercios del montante inicial o cuando, a consecuencia de mejoras o accesiones naturales sobre el bien hipotecado, éste haya aumentado de valor en al menos un tercio respecto del que tenía al tiempo de la constitución (art. 720º.2) y siempre bajo el presupuesto de que tal reducción haya sido interesada por el propietario (no opera, por tanto, de forma autónoma una vez verificadas las condiciones objetivas mencionadas).

Por último, se prohíbe la cesión autónoma de la hipoteca cuando la hipoteca es estrictamente personal, ligada a la condición subjetiva del deudor (como sucede en algunos casos de hipotecas legales, en el art. 705º, apartados c) a f)).

En cuanto a la cesión del rango, sólo se admite a favor de un acreedor hipotecario posterior, existiendo incluso acreedores hipotecarios intermedios. Aunque el Código civil es parco en la regulación de este negocio, es unánime la opinión doctrinal que advierte que aunque se hable de cesión del rango, lo que se contempla es en realidad la inversión o permuta del rango (utilizando aquí la terminología acuñada por la doctrina italiana que la portuguesa hizo suya; “*inversión*”, cuando no hay titulares registrales intermedios y “*permuta*”, cuando los hay): la hipoteca del acreedor de mejor rango pasa a garantizar el crédito del acreedor de peor rango (el “cesionario” del rango), mientras que la hipoteca del acreedor de peor rango pasa a garantizar el crédito del acreedor de mejor rango (el “cedente”), pero siempre dentro del límite del crédito original de cada una de ellas. Se trata de un negocio autónomo sobre el rango, completamente desvinculado de cualquier negocio sobre el crédito, en una figura próxima a la posposición o a la permuta de rango del Derecho español (art. 241 RH). Pero, a diferencia del Derecho español, el portugués sólo la admite a favor de un acreedor hipotecario ya inscrito, en tanto que el Derecho español permite que se posponga el rango de una hipoteca a otra que haya de constituirse e inscribirse (dentro del plazo máximo señalado al efecto en la posposición), sin que sea precisa cualquier determinación del crédito preferente⁹⁹ (es decir, de aquél que vaya a adelantar el rango), sino únicamente la indicación de la responsabilidad máxima hipotecaria de la hipoteca que haya de anteponerse.

La doctrina portuguesa ha sido renuente a la admisibilidad de una hipoteca global

⁹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derechos Reales*, op. cit., pp. 142-145.

en el derecho del país vecino, apelando a la indeterminación del vínculo (prohibido por el art. 280º del Código civil portugués), la subversión del orden legal de preferencia de los acreedores y la extrema dificultad para el propietario para conseguir la cancelación de la garantía (sin la colaboración del acreedor) en el caso de que no hayan llegado a surgir los créditos garantizados (o, habiendo surgido, han sido todos ellos amortizados), dado que el registro no proporciona la identificación de tales créditos. Tampoco los tribunales se han pronunciado a favor de la fianza *ómnibus*¹⁰⁰.

De lo indicado resulta, por tanto, que el Derecho portugués no contiene apoyos cómodos para la admisión de una hipoteca flotante. Y, pese a ello, algún pronunciamiento judicial existe en el que se han endosando hipotecas flotantes en garantía de varios créditos, presentes y futuros, en que fuese interviniente el deudor, hasta el límite indicado en la hipoteca, como la sentencia del Tribunal de Apelación (*Tribunal de Relação*) de Coimbra de 22 de marzo de 1988¹⁰¹.

1.1.2 Derecho italiano

Al igual que en Derecho español, la inscripción de la constitución de la hipoteca tienen eficacia constitutiva (*ex art. 2.808 Código civil italiano: “l’ipoteca [...] si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari”*), eficacia constitutiva que también se afirma por la doctrina respecto de la nota marginal de la cesión del crédito hipotecario con base en el art. 2.843 (*“La trasmissione o il vincolo dell’ipoteca per cessione, surrogazione [...] si deve annotare in margine all’iscrizione dell’ipoteca. La trasmissione o il vincolo dell’ipoteca non ha effetto finché l’annotazione non sia stata eseguita”*)¹⁰².

¹⁰⁰ Sentencias del Supremo Tribunal de 19 de febrero de 1991 (*Revista da Ordem dos Advogados*, 1991, II, p. 543); de 21 de enero de 1993 (*Colecção de Jurisprudência*, 1993, Iº, pp. 71 y ss.); de 18 de junio de 1994 (*Boletim do Ministério de Justiça*, 438º, pp. 471 y ss.); de 14 de diciembre de 1994 (*Boletim do Ministério de Justiça*, 442º, pp. 185 y ss.); y de 18 de junio de 1996 (*Boletim do Ministério de Justiça*, 458º, pp. 281 y ss.). Se ha defendido la validez de la fianza *omnibus* en el caso de que se haya establecido un criterio objetivo de determinación de su objeto en la sentencia del Supremo Tribunal de 22 de noviembre de 1995 (*Boletim do Ministério de Justiça*, 451º, pp. 406 y ss.): “O objecto da prestação de fiança para obrigações futuras, mesmo abrangendo quaisquer dívidas da sociedade comercial para com a instituição bancária, não deve ter-se como indeterminável, por ser possível fixar o conteúdo da obrigação do fiador, pelo menos com recurso aos juízos de equidade - “critério supletivo” - e aquela cláusula implícita de restrição - critério limitativo-”.

¹⁰¹ *Colecção de Jurisprudência*, 1988, tomo II, pp. 59 y ss: “[...] a hipoteca era para pagamento de quaisquer financiamentos, até ao montante lá indicado, que estivessem ou viessem a ser titulados por livranças (de entre outros títulos) em que fosse interviniente a executada”.

¹⁰² RAVAZZONI, Alberto: “Le ipoteche”; en CICU, Antonio, MASSINEO, Francesco y MENGONI, Luigi (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XIX, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 421-423; RUBINO, Dominico: “L’ipoteca immobiliare...”, *op. cit.*, p. 38. Sin embargo, en CICERO, Cristiano:

El art. 2.852 del Código civil italiano admite la hipoteca en garantía de crédito futuro o condicional. En relación con la hipoteca de créditos futuros, se permite con tal de que exista una relación jurídica de base en el seno de la cual surgirá el crédito o créditos (en la misma línea que en la doctrina registral española en torno al art. 142 LH). Respecto de la obligación condicional, se utiliza el recurso de la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición a la fecha de la inscripción de la hipoteca (como en los arts. 143 LH y 238 RH).

Cabe la hipoteca en garantía de varios créditos pero única y exclusivamente si existe esa relación jurídica de base al tiempo de la constitución de la hipoteca, relación que es la que justifica la constitución anticipada del “grave vínculo hipotecario”¹⁰³. Por tanto, se trata de un sistema en el que tiene mal encaje una hipoteca flotante, y aún peor una hipoteca global.

1.1.3 Derecho brasileño

El Derecho brasileño también presupone el axioma “una obligación-una hipoteca” (arts. 1.419, 1.424.II o 1.499. I del Código civil brasileño promulgado mediante Ley n.º 1.0406, de 10 de enero de 2002), si bien se admite que la deuda garantizada sea futura o sujeta a condición, con tal de que se determine el valor máximo del crédito (no de la hipoteca) (art. 1.487). La eficacia de la garantía, en estos casos, se restringe enormemente dado que la ejecución de la hipoteca se hace depender del acuerdo previo y expreso del deudor en torno al cumplimiento de la condición o al montante de la deuda (sin que se atribuya, por tanto al acreedor la facultad de liquidarla), por lo que, en caso de divergencias entre ambas partes, recae sobre el acreedor hipotecario la carga de evidenciar el cumplimiento de la condición y/o el importe de la deuda. La única sanción que se impone al deudor que, discutiendo el cumplimiento de la condición o el importe de la deuda, paraliza la ejecución es la de responder de cualquier deterioro económico de la cosa dada a la garantía.

Tanto los principios de accesoriedad como de especialidad encuentran en el Derecho brasileño su mayor alcance en perjuicio, por tanto, de la viabilidad de una hipoteca flotante o una hipoteca global.

L'ipoteca, Milán: Giuffrè, 2000, pp. 291 y ss. se defiende que la inscripción no es requisito de eficacia *inter partes*, ni tampoco respecto al deudor, para el que sólo se exige notificación o que haya adquirido conocimiento de la cesión con base en el art. 1.264 CC italiano.

¹⁰³ RUBINO, Dominico: “L’ipoteca immobiliare e mobiliare”, en CICU, Antonio y MASSINEO, Francesco (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XIX, Milán: Giuffrè, 1956, pp. 31-32.

1.2 Sistemas con una visión más laxa del principio de accesoriedad.

1.2.1 Derecho americano

Haré referencia en primer lugar, siquiera de forma breve, a la aproximación del derecho de los Estados Unidos de América a la hipoteca global. Pese a que lo incluyo en este segundo bloque de sistemas jurídicos, la enorme distancia entre los sistemas civiles anglo-sajones y los continentales en materia de derechos reales y, en especial, en relación con la hipoteca hace que las directrices de ese ordenamiento tengan, creo, escasa aplicación al nuestro.

En el Derecho americano, existe desde antiguo doctrina forense sobre la llamada cláusula “*Dragnet*”, “*Anaconda*” o “*Mother Hubbard*”. Se define como una disposición incluida en un contrato de préstamo o de hipoteca (también en arreglos fiduciarios de tipo “*trust*”) que sujeta la cosa gravada a la seguridad de cualquier deuda pasada, presente o futura entre el deudor y el acreedor o sus beneficiarios¹⁰⁴. Se trata, por tanto, de una cláusula de extensión de la hipoteca o garantía real constituida con ocasión de una operación concreta a todas las deudas del deudor a favor del acreedor hipotecario, sin que se especifique la fuente o naturaleza de las obligaciones, el plazo en el que puedan surgir, el importe máximo de cada una de ellas o el total de todas ellas (en valor absoluto o en un determinado momento), etc. Sólo la coincidencia subjetiva de las partes es relevante.

Existen precedentes jurisprudenciales en torno a esta cláusula desde finales del siglo XIX¹⁰⁵. En las sentencias más antiguas, la cláusula se ve con sospecha, principalmente cuando la hipoteca se concierta sobre una vivienda, en relación con un préstamo personal, y se pretende posteriormente buscar la protección de la garantía respecto de una deuda empresarial o profesional¹⁰⁶.

¹⁰⁴ “[a] clause stating that a mortgage secures all the debts that the mortgagor may at any time owe to the mortgagee” (Black's Law Dictionary 1031, 7th ed. 1999).

¹⁰⁵ *Carter v. Rewey*, 62 Wis. 552, 22 N.W. 129 (1885); *Wisconsin Planing-Mill Co. v. Schuda*, 72 Wis. 277, 39 N.W. 558 (1888); *Claridge v. Evans*, 137 Wis. 218, 118 N.W. 198 (1908), *Evans v. Claridge*, 137 Wis. 218, 118 N.W. 803 (1908).

¹⁰⁶ *Berger v. Fuller* (1929), 180 Ark. 372, 377, 21 S. W. 2d 419 (1929, Arkansas Supreme Court): *Anaconda clauses* “by their broad and general terms they enwrap the unsuspecting debtor in the folds of indebtedness embraced and secured in the mortgage which he did not contemplate, and to extend them further than has already been done would, in our opinion, be dangerous and unwise; for, if this should be done, someone who might have been engaged extensively in business, and by reason of financial reverses become largely indebted, and who had selected from his property a small portion upon which he and his family might dwell as their homestead, and from that vantage point begin the battle of life anew, might be deprived of it by grasping and unconscionable

En las sentencias más recientes, los tribunales americanos son reacios a aceptar la validez de estas cláusulas salvo en la medida en la que lleguen al convencimiento de que el alcance del gravamen respecto a la deuda se describe de forma que pueda colegirse o entenderse empleando diligencia y discreción normales. En algunos Estados¹⁰⁷, es irrelevante si la deuda que posteriormente se concierta y pasa a integrarse en la cobertura de la hipoteca se contemplaba (subjettivamente) en la mente de las partes al tiempo de la hipoteca (“*were [or were not] within the contemplation of the parties*”), mientras que en otros importa¹⁰⁸.

Se ha llegado a aceptar la validez de estas cláusulas en relación con deudas preexistentes a la hipoteca, incluso aunque no aparezcan nominativamente descritas en la hipoteca, con tal de que los términos de la cláusula sean claros y siempre que no se dé una absoluta falta de relación entre la deuda y la hipoteca¹⁰⁹.

Respecto de las obligaciones posteriores a la hipoteca, en algunos Estados se niega la validez de la cláusula cuando se hipoteca una vivienda en garantía de un préstamo personal y posteriormente se intenta hacer extensiva la garantía a deudas empresariales¹¹⁰. En otros Estados, por el contrario, la falta de relación o correspondencia de naturaleza entre las obligaciones sólo es relevante si los términos de la cláusula son ambiguos, pero si no lo son, se acepta con toda contundencia la extensión de la garantía a la deuda posterior, incluso con diferente naturaleza¹¹¹.

creditors”.

¹⁰⁷ *Capocasa v. First Nat. Bank*, 36 Wis. 2d 714 (1967, Supreme Court of Wisconsin): “*There seems to be no good reason for one who has executed a mortgage with a “dragnet” clause to be permitted to escape its consequences for his personal borrowing merely because subjectively it was not within his contemplation (contrary to the words of the written instrument) that an additional obligation to the same creditor would subject his property to the “dragnet” feature of the mortgage*”. Idem en Colorado: “*For future advances to be covered, the obligations secured by the collateral must be within the intent of the parties’ agreement*” (In Re Branch, 368 B.R. at 83 (quoting La. Rev. Stat. Ann. §10:9-204(c) & cmt. (2002)).

¹⁰⁸ “[d]ragnet clauses are not favored in Illinois, but they are enforceable if they are clear and unambiguous” (Univ. Guar. Life Ins. Co v. Coughlin, 481 F. 3d 458, 463 (7th Cir. 2007)). Idem en Texas (Wagner v. Compass Bank, 170 S.W. 3d 220, 223-25 (Tex. App. Dallas 2005)).

¹⁰⁹ “*Finally, we hold that the dragnet clause contained in the Mortgage, which secured this antecedent debt, is valid because it clearly states that it secures antecedent debt and the debt and the security are not wholly unrelated or unclear*” *Mitchell Bank v. Schanke*, 2004 WI 13, ¶ 66, 268 Wis.2d 571, 676 N.W.2d 849 (2004, Supreme Court of Wisconsin).

¹¹⁰ “[...] courts in Arkansas, Florida and Massachusetts had likewise refused to find subsequent business loans secured by previous home mortgages under similar circumstances. See *Security Bank v. First Nat'l Bank*, 263 Ark. 525, 565 S.W.2d 623 (1978); *Garrote v. Ocean Bank*, 713 So.2d 1095 (Fla.App. 1998); and *Brae Asset Fund, L.P. v. Kelly*, 223 B.R. 50 (D.Mass.1998)” In Re Becker, 415 B.R. 360 (District Court, Wisconsin, 2009).

¹¹¹ In re Polley, 219 B.R. 205 (Bankr. W.D.Ky.1998), se afirmó que una cláusula dragnet contenida en una hipoteca sobre una vivienda era eficaz para asegurar préstamos empresariales del deudor

Incluso aceptando la validez de la cláusula, se ha llegado a exceptuar su eficacia respecto de la parte de la cosa gravada propiedad del co-hipotecante que no ha suscrito o aprobado, expresa o tácitamente, la deuda futura del otro co-hipotecante¹¹².

El endoso a la validez de este tipo de cláusulas aumentó tras la modificación de la Sección 9.204 (c) del *Uniform Commercial Code* en 2001, a pesar de que no ha conseguido la uniformidad deseada¹¹³, a la vista de algunos pronunciamientos judiciales aún restrictivos sobre la cláusula.

En definitiva, y con algunas reservas, es posible afirmar que los tribunales americanos reconocen la validez y eficacia de estas cláusulas cuando se formulan con claridad, incluso en términos indeterminados o genéricos, y su aplicación al caso no resulta inequitativo¹¹⁴.

dado que la cláusula estaba claramente formulada para incluir cualquier deuda adicional entre el acreedor y el deudor, con base en el la jurisprudencia del Estado de Kentucky que reconoce la eficacia de estas cláusulas cuando “*the nature and amount of the encumbrance is so described that it may be ascertained by the exercise of discretion and diligence*”. Ídem en el Estado de Wisconsin: *Bank of Barron v. Gieseke*, 169 Wis.2d 437, 456, 485 N.W.2d 426 (Ct. App. 1992): “*A security agreement containing a future advance clause will be effective according to its own terms if those terms or the course of the parties' dealings evidence that the parties' real intent was that their subsequent transactions be covered by the terms of the security agreement*” o en *In re Shemwell*, 378 BR 166 (2007, Justice Joan Lloyd of the United States Bankruptcy Court) (la cláusula en cuestión establecía que el automóvil gravado aseguraba el pago de “*any liabilities, direct or indirect, absolute or contingent, now existing or hereafter arising, of [Debtor] to [Credit Union]*” y se acepta la eficacia con el argumento de que la redacción de la cláusula era amplia, clara y no ambigua en cuanto a la extensión del gravamen a la obligación futura: “*In the case at bar, the dragnet clauses in the Security Agreements were sufficiently broad, clear and unambiguous. They effectively put Debtor on notice that the Security Agreement covered all of Debtor's obligations with the Credit Union*”).

¹¹² *Capocasa v. First Nat. Bank*, 36 Wis. 2d 714 (1967, Supreme Court of Wisconsin) (la hipoteca garantizaba “*a \$10,600 mortgage note and also such further sums of money which may be or become owing by the parties of the first part [the Capocasas], or any or either of them, to the party of the second part [the bank], its successors or assigns, at any time hereafter and prior to the release in writing of this mortgage by the party of the second part...*”).

¹¹³ “*Whereas the point [of Official Comment 5 to Section 9 of Uniform Commercial Code] appears to be that dragnet clauses should be enforced in pretty much every situation, some courts continue to hold them invalid under various iterations of the relatedness test, other courts find them invalid for insufficient notice, and still other courts have found them invalid for changes in the parties involved and on other grounds*” (HACKNEY, Ryan A.: “*Ripping holes in the Dragnet: The failings of U.C.C. § 9-204 (c) as applied to consumer transactions*”, *Texas Law Review*, 87, 1249, May 2009, p. 5).

¹¹⁴ En el caso *In Re Becker*, 415 B.R. 360 (District Court, Wisconsin, 2009) se acepta la validez de la cláusula dragnet en una hipoteca sobre la vivienda familiar, en la disputa formulada entre dos acreedores hipotecarios (Portage County Bank, como acreedor hipotecario inicial, en cuya hipoteca se incluyó dicha cláusula y Citizens Bank, como tercerista). La cláusula era la siguiente: “*the mortgage secures, inter alia, all other additional sums which are in the future loaned by Lender to any Mortgagor, to any Mortgagor and another or to another guaranteed or endorsed by any Mortgagor...*”. Se apela para fundamentar el fallo en los claros términos de la cláusula, en la circunstancia de que constaba en la escritura de hipoteca (que pudo haber sido consultada por el tercerista), así en que se explicitó igualmente la sujeción al primer gravamen en cada una de las dos obligaciones posteriores a la constitución de la hipoteca (que, además, contaban con sus

1.2.2 *Derecho francés*

La posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún futuras, fue introducida en el capítulo de las garantías reales del Código civil francés mediante Ordenanza n.º 2006-346, de 23 de marzo de 2006. El artículo 2.421 del Código civil francés reza ahora: *“La hipoteca puede ser otorgada como garantía de una o más deudas, presentes o futuras. Si dichas deudas son futuras, deberán ser determinables. La causa se determina en el documento”*.

La mencionada Ordenanza ha supuesto una importante modernización del sistema hipotecario francés, hasta entonces rígidamente causalista. Dicha modificación ha permitido cubrir con una única hipoteca una pluralidad de créditos (incluso créditos futuros) (hipoteca flotante), así como reutilizar una hipoteca existente para garantizar una ampliación del préstamo originalmente garantizado, ya sea el nuevo crédito concedido por el mismo acreedor original, o por uno nuevo, incluso una vez que el crédito original hubiera sido amortizado completamente (hipoteca recargable) y aunque la obligación que posteriormente viene a beneficiarse de la hipoteca no estuviera inicialmente prevista (ni descrita) en la escritura de constitución de la hipoteca. Sorprende la parquedad de la regulación francesa en torno a la hipoteca flotante especialmente a la vista del inmenso detalle de la normativa aplicable a la hipoteca recargable francesa¹¹⁵. Como se expone en el Capítulo IV, hipoteca flotante e hipoteca recargable son, en buena medida, dos figuras relacionadas, al punto de que cualquier ordenamiento jurídico podría conseguir los mismos resultados con una sola de dichas instituciones. Mientras que en la hipoteca flotante, es la previsibilidad inicial de las partes lo que permite que la futura obligación se integre en la cobertura hipotecaria desde su mismo nacimiento (porque las partes así lo quisieron y, aunque vagamente, refirieron qué tipo de obligaciones podrían surgir entre ellos para quedar cubiertas por la hipoteca) sin que sea necesario siquiera que exista un crédito inicial entre ellas al tiempo

propias garantías hipotecarias simultáneas al otorgamiento de cada una de estas obligaciones): *“I conclude that the mortgage and notes should be enforced according to their clear and unambiguous terms. The debtors gave Portage a mortgage on their home to secure not only the original loan, but all future loans that Portage made to either or both of them as well. The Business Notes evidencing the subsequent loans acknowledge that they were secured by the mortgage listed in therein and all existing mortgages. Neither Citizens nor the debtors have offered any reason to conclude that enforcement of the home mortgage according to its terms would be inequitable”*.

¹¹⁵ Un análisis de la ordenanza, exclusivamente en lo que se refiere a la hipoteca recargable, puede verse en AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: realidad o mito”, *La Ley*, n.º 7162, de 27 de abril de 2009 y AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga”, *La Ley*, n.º 7167, 5 de mayo de 2009.

de la inscripción de la hipoteca, en la hipoteca recargable existe una obligación inicial, pero falta esa previsión de las partes en torno a las obligaciones que podrían surgir entre ellas posteriormente y aspirar a beneficiarse del rango y extensión de la hipoteca inscrita, por lo que es el legislador el que debe suplir esa imprecisión sancionando la posibilidad (y la medida) en que dichas obligaciones, de surgir, podrán entenderse amparadas por la hipoteca previa.

La mayor innovación que supuso la citada Ordenanza en el Derecho francés está en que en el acto constitutivo de la hipoteca no es preciso describir el crédito que puede llegar a cubrirse, crédito que puede en efecto derivar de una convención negocial futura (ser por tanto, puramente futuro al tiempo de la constitución de la hipoteca), o preexistir a la hipoteca. La afección o integración en la garantía real, sin embargo, exige un acto notarial inscribible de forma tal que, en todo momento, la suma de los créditos afectos o cubiertos por la hipoteca (que pueden ser varios) tiene el límite del crédito identificado en la escritura de constitución. La reforma del derecho de hipotecas del 2006 supuso la primera gran fisura en el sistema netamente accesorio de la garantía hipotecaria francesa¹¹⁶.

En lo que se refiere a la hipoteca recargable, la normativa francesa exige el pacto expreso de recarga al tiempo de la constitución de la hipoteca (art. 2.422 del Código civil francés), al contrario de lo que hace la norma española (art. 4 de la Ley 2/1994, conforme a la redacción introducida por la Ley 41/2007). Me parece más adecuada la opción de política legislativa francesa porque mejora la protección de los titulares registrales posteriores, puesto que éstos sólo habrán de temer la recarga de las hipotecas expresamente constituidas con carácter “recargable”, mientras que en nuestro Derecho, toda hipoteca constituida después del 9 de diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007) en garantía de un préstamo bancario y a favor de una de las entidades a que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario es, potencialmente, susceptible de recarga¹¹⁷.

¹¹⁶ CROCQ, Philippe: “L’hypothèque rechargeable en droit français”, III Congreso de Registradores de España, Granada, octubre 2006: “[...] *par cette création d’une hypothèque rechargeable dérogeant à la règle de l’accessoire, le droit française s’est ainsi nettement reproché du droit suisse e do droit allemande*”; GOURIO, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur - Revue de Droit Bancaire et Financier*, septiembre-octubre 2006; MUÑIZ ESPADA, Esther: *La propuesta de una hipoteca independiente...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

¹¹⁷ También se pronuncia en favor de la conveniencia del pacto expreso DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 10. La enmienda n.º 95 en el trámite legislativo en el Congreso y la n.º 63 en el trámite en el Senado, ambas del Grupo Parlamentario Popular,

Si bien la recargable francesa exige que conste el convenio de recarga, no impone la determinación inicial de las obligaciones futuras que podrán quedar garantizadas por la hipoteca, ni tampoco que las operaciones garantizadas sean préstamos o créditos. Cabe así garantizar con una misma hipoteca dos o más obligaciones, sucesiva o simultáneamente, beneficiándose cada uno de los acreedores del rango de la hipoteca inicial, y aunque los créditos que, en la recarga, queden cubiertos por la hipoteca no estén en absoluto identificados en el acto constitutivo¹¹⁸. Se aparta así del régimen de la hipoteca en garantía de obligación futura del art. 2.427 del Código civil francés, en el que se exige que el crédito futuro esté determinado o, al menos, sea determinable¹¹⁹. También en esto la norma española presenta contornos más rígidos (en parte, probablemente, consecuencia del pecado original de surgir en el ámbito de una ley de novación y subrogación de préstamos hipotecarios bancarios). Así, en Derecho español, cabe la recarga de un préstamo hipotecario bancario (o, en el mejor de los casos, de un crédito hipotecario bancario), sin necesidad de contar con el consentimiento de los titulares registrales posteriores (tercer poseedor, acreedores registrales de rango posterior, etc.) (por excepción, se necesita el consentimiento de los titulares registrales intermedios en determinados casos), y sin perjudicar el rango de la hipoteca existente.

Como regla general, el acreedor que se beneficia de la recarga en Derecho francés mantiene el rango hipotecario inicial (si bien la publicidad del convenio o acuerdo de recarga, a través de anotación marginal a la hipoteca, es condición esencial de su oponibilidad a terceros, conforme al art. 2.422 del Código civil francés que remite al art. 2.430). Por excepción, la recarga no perjudica las hipotecas conservatorias o cautelares (*hypothèques conservatoires*) impuestas sobre un bien ya gravado con hipoteca recargable si la publicidad de la recarga es posterior a la hipoteca cautelar (art. 2.425 del Código civil francés). La normativa española comparte la regla general de que la

propusieron limitar la posibilidad de recarga contemplada en el art. 4.3 de la Ley 2/1994 “*siempre que al tiempo de la constitución se haya hecho constar en la inscripción la posibilidad de ampliación de capital*” (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 127-7, de 9 de mayo de 2007). La enmienda del Senado fue aceptada (BOCG de 21 de noviembre de 2007), pero finalmente soslayada en la aprobación en el Congreso. Por el contrario, la Asociación Hipotecaria Española se mostró contraria a la exigencia de pacto expreso de recarga (“Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española: Informe del Presidente”, 27 de julio de 2007, p. 18).

¹¹⁸ DAGOT, Michel: *L'hypothèque rechargeable*, Paris: Ed. Litec/Juriclass, 2006, pp. 3, 129-130; SAVOURE, Dominique: “L'hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n.º 19, 11 de mayo de 2007.

¹¹⁹ KIEFFER, Frederic: “L'Hypothèque Rechargeable” en www.avocats.fr. de 21 de enero de 2008, p. 2.

recarga no perjudica el rango de la hipoteca inicial, pero no prevé la posibilidad de que la recarga se haga a favor de un acreedor distinto del inicial, salvo porque el nuevo se haya subrogado previamente y de forma completa en el crédito del inicial.

La recargable francesa tiene necesariamente carácter bilateral. Se crea mediante convención entre el propietario hipotecante y el acreedor inicial. Las hipotecas existentes antes del 25 de marzo de 2006 (fecha de entrada en vigor de la *Ordonnance*) pueden convertirse en recargables, mediante convención al efecto en escritura pública, que deberá anotarse en el registro mediante nota marginal (art. 59 de la *Ordonnance*). El deudor conserva, en todo momento, la facultad de renunciar a la posibilidad de recarga, con un preaviso de tres meses (art. 2.423 del Código civil francés)¹²⁰. La renuncia, obviamente, sólo tiene efectos a futuro. En nuestro ordenamiento, como no se exige pacto expreso de recarga, nada de esto aplica, si bien cabría plantearse si vale la renuncia unilateral del deudor a la recarga. Algunos autores lo admiten, tanto en el momento de constitución de la hipoteca como con posterioridad, al considerar que la recarga es un instrumento de mejora de los mecanismos de refinanciación y, en consecuencia, un derecho concedido al deudor y no al acreedor¹²¹. La utilidad de dicha renuncia podría ser la de fortalecer la posición de los titulares registrales posteriores (segundos acreedores hipotecarios, terceros poseedores, etc.), ya que sometería cualquier recarga, y no sólo aquellas a las que aplicaran las excepciones del art. 4.3, al consentimiento de dichos titulares registrales posteriores. Podría ser una conducta hábil,

¹²⁰ El supuesto contemplado es el de una hipoteca que se constituya para garantizar uno o más créditos futuros, por plazo indeterminado.

¹²¹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 219-220. También GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “La reforma hipotecaria...”, *op. cit.*, p. 88, si bien parece limitarlo al momento constitutivo de la hipoteca y al hipotecante. CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, *op. cit.*, pp. 112-117, va mucho más lejos, porque aunque no reconozca al deudor derecho a la renuncia a la recarga (puesto que, en su opinión, no tiene derecho alguno al que renunciar hasta la ampliación), considera que cuando el deudor concede una segunda hipoteca, priva al primer acreedor del derecho a mantener el rango de la hipoteca en caso de ampliación: “La regla general no es pues que el segundo acreedor necesite de la renuncia del deudor a la recarga de la primera, sino precisamente la contraria. El primer acreedor no debe proceder a la recarga de la hipoteca, una vez que ha quedado constituida una hipoteca posterior, o más exactamente, podrá hacerlo, pero sin pretender la postergación del rango de tal hipoteca a su ampliación”, aunque admite el pacto en contrario (esto es, que no obstante la segunda hipoteca, pueda el deudor ampliar la primera hipoteca sin pérdida de rango). Llego a las mismas consecuencias finales (esto es, que el deudor puede renunciar a la recarga, o sea, que la ampliación de capital de la primera hipoteca no se beneficie del régimen del art. 4 de la Ley 2/1994), pero lo que no puedo compartir es que por el mero hecho de otorgar una segunda hipoteca deba entenderse que la posterior ampliación de la primera no goza del régimen del art. 4 de la Ley 2/1994.

por ejemplo, en caso de que el acreedor original no quiera extender nuevo crédito (recargar), pero haya otros financiadores interesados en extender financiación con una garantía de segundo rango con tal de que se excluya la recarga del préstamo preferente. Imaginemos el caso de que se haya tratado de subrogar a un tercer financiador, al amparo de la Ley 2/1994, con el objetivo básico de conseguir una recarga, habiendo el acreedor original ejercitado el derecho de enervación (que, conforme a lo mencionado, le obligaría a igualar o mejorar las condiciones ofrecidas en cuanto a tipo, plazo o ambas, sin extender nuevo crédito). Estoy de acuerdo con esta conclusión. Añadiría que para su plena eficacia frente a terceros, debería reflejarse en el registro y que la renuncia no exige consentimiento de los titulares registrales posteriores (puesto que les beneficia). La posibilidad de renuncia unilateral por parte del deudor a la recarga permite también apartar uno de los argumentos retóricamente utilizados en contra de la hipoteca recargable y de la flotante, como es el alegado “*encadenamiento*” del deudor a la entidad bancaria acreedora (con el consiguiente debilitamiento del crédito territorial)¹²².

La hipoteca recargable francesa constituye una excepción notable al axioma *accessorium sequitur principale*, toda vez que se admite la subsistencia de la hipoteca una vez amortizada completamente la obligación garantizada, de forma que pueda posteriormente recargarse (art. 2.422 del Código civil francés) (la hipoteca queda entonces como una mera reserva de rango, a la expectativa de que se concrete la nueva obligación que ha de quedar garantizada¹²³). El art. 8.2 de la Ley 2/1994 no contempla, en absoluto, esta alternativa, siendo por tanto de aplicación la previsión general de los arts. 1.824, 1.847 y 1.857.1º CC; por tanto, extinguida la deuda, se extingue automáticamente la hipoteca (y ello aunque su cancelación registral pudiera requerir actuaciones separadas posteriores, *ex art. 81.2º LH*)¹²⁴.

En la normativa francesa, la recarga no puede ser realizada por encima de la responsabilidad máxima hipotecaria inicial, pero sí se admite de forma mayoritaria en la

¹²² DÍEZ GARCÍA, Helena: “Las «recargas» de la hipoteca”, *RDP*, noviembre-diciembre 2008, p. 18; DELGADO RAMOS, Joaquín: “Cómo hundirse...”, *op. cit.*

¹²³ DAGOT, Michel: *L’hypothèque rechargeable*, *op. cit.*, pp. 129-130 ; ANSAULT, Jean-Jacques: “Instruction de la DGI: des précisions en matière de publicité foncière sur l’hypothèque rechargeable (Instr. DGI, nº 197, 1er déc. 2006)”, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007, n.º 34.

¹²⁴ La recarga exige “*la pervivencia parcial del crédito primitivo*” (CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, *op. cit.*, p. 136). Ídem, DÍEZ GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Madrid: Ed. Reus, S.A., 2012, p. 129: “Por este motivo, ya cabe descartar, a mi parecer, la idea de que resulte posible recargar una hipoteca constituida para la garantía de una obligación cuando ésta ha sido pagada”.

doctrina que el importe del crédito inicial no tiene por qué coincidir con la responsabilidad hipotecaria¹²⁵. El notario autorizante de la recarga debe incluso certificar que el crédito garantizado no sobrepasa la parte de la responsabilidad hipotecaria prevista en el acto constitutivo que aún pueda quedar afecta a la garantía de créditos distintos del inicial¹²⁶. La recargable española adelanta aquí en flexibilidad a la francesa, ya que incluso permite la recarga con ampliación de la responsabilidad hipotecaria, contando eso sí, con “*la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior*” como exigencia para mantener el rango.

Es preciso poner de relieve que, en Derecho español, la excepción no aplica si se hace la ampliación del crédito (la recarga) incluso por encima del principal inicial, sin aumentar la responsabilidad hipotecaria. Y es que la posibilidad de recarga en nuestro Derecho no tiene como límite la deuda inicial¹²⁷, ni la responsabilidad hipotecaria inicial (aunque la ampliación de responsabilidad hipotecaria queda sujeta, para el mantenimiento del rango, a consentimiento de los titulares registrales posteriores). Por un lado, porque no se impone ninguna limitación cuantitativa al aumento del capital del préstamo en el art. 4.2 de la Ley 2/1994 y, por otro, porque en nuestro ordenamiento no es imposible la hipoteca de un bien por una parte, únicamente, de una obligación (como resulta, por ejemplo, del art. 119 LH). Es evidente que, aunque no se modifique la

¹²⁵ GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n.º 20, 17 de mayo de 2006, I 9, p. 2. CERLES, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, marzo 2007, n.º 14, p. 101. PRIGENT, Stéphane: “L’hypothèque rechargeable”, *Defrénois*, n.º 18/07, p. 1273. Se admite la posibilidad de que el máximo hipotecario sea superior al montante del crédito inicial en la circunstancia de que la ley de ratificación de 20 de febrero de 2007 permite la conversión del privilegio del prestamista (*privilège de prêteur de deniers*) en hipoteca recargable pero nunca por una responsabilidad hipotecaria superior al principal del préstamo que se convierte: “[...] *par dérogation à l’article 2423 du même code, la somme garantie ne peut être supérieure au montant en capital de la créance privilégiée*”, de donde se deduce, *a sensu contrario*, que el 2.423 del Código civil francés no contempla esa limitación con carácter general. MARRAUD DES GROTTES, Gaëlle: “Des précisions sur les formalités de publicité de l’hypothèque rechargeable constituée par renonciation à un PPD (D. n.º 2008-466, 19 mai 2008)”, *Revue Lamy Droit Civil*, 2008, n.º 50. El *privilège de prêteur de deniers* es una garantía real muy común en Francia, creada sólo para asegurar préstamos para la adquisición de inmuebles, que está exenta del pago de la tasa o impuesto de inscripción y cuyo rango hipotecario se retrotrae a la fecha de la escritura con tal de que se inscriba en los dos meses posteriores.

¹²⁶ Art. 40 de la instrucción francesa de 1 de diciembre de 2006.

¹²⁷ Merece la pena mencionar que en la redacción de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tras la referencia al carácter modificativo y no extintivo de la novación, incluía una mención expresa a “*la ampliación del capital del préstamo*”, si bien exigiendo “*que el importe de dicha ampliación, sumado al capital pendiente de amortización, a la fecha de la misma, no exceda del capital inicialmente concedido*” (al modo de la recargable francesa) y por eso podía sancionar de forma contundente y sin excepción alguna: “*Dichas novaciones no supondrán, en ningún caso, alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*”. Esta exigencia por tanto de que la recarga no fuera más allá del capital inicialmente concedido desapareció en la tramitación parlamentaria de la Exposición de Motivos.

hipoteca, la ampliación de la obligación garantizada aumenta las probabilidades de impago y, en consecuencia, de ejecución y debería ser consentida por los titulares registrales posteriores por aplicación de los principios básicos recogidos en la LH (por ejemplo, en los arts. 32, 115 ó 144) si no fuera porque una ley del mismo rango y alcance que la LH, como es la Ley 2/1994 (en la modificación introducida por la Ley 41/2007) y de fecha posterior lo autoriza. La consecuencia aquí no puede ser diferente de la que se aplica a una novación de los tipos de interés de un préstamo hipotecario conforme a la Ley 2/1994: si, una vez alterada la redacción originaria de la Ley 2/1994 (que exigía la “*mejora*” del tipo para admitir la subrogación) mediante la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica¹²⁸, cabe la modificación *in peius* del tipo de interés (en perjuicio del deudor y, por tanto, de los acreedores posteriores), ¿por qué deberíamos alcanzar otra conclusión respecto del aumento del capital que no conlleva aumento de la responsabilidad hipotecaria? Dicho esto, admitiendo que la recarga se impone a los terceros registrales (salvo en las dos excepciones que estamos analizando), me parecería razonable que la Ley hubiera limitado el número de recargas, el plazo en el que es posible la recarga o el importe máximo de la recarga, para así acotar la mayor incertidumbre que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, crea la hipoteca a favor de entidad financiera¹²⁹. Se ha defendido no obstante una tesis “negacionista” de la hipoteca recargable, esto es, que no obstante la modificación legal del art. 4 de la Ley 2/1994, la ampliación de capital de un préstamo hipotecario bancario queda sujeto a los postulados generales del art. 144 LH. Esta tesis no consigue justificar por qué la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 fundamenta la modificación de la Ley 2/1994 precisamente en la necesidad de fomentar la “*novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor*” que se ve dificultada por “*la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la ley 2/1194*”, razón por la cual se decanta por adoptar “*una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en [...] ampliación o reducción del capital*”. Es decir, la Ley 41/2007 parte de la constatación de la insuficiencia de la regulación, y de la interpretación que de la misma

¹²⁸ Apartándose así del criterio sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 (2003/8093), que entiende que es la “*mejora*” del tipo lo que justifica, por razón de su interés social, una medida tan excepcional como la subrogación.

¹²⁹ Esa misma recomendación, en DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 10.

se hace, para “cambiar” la norma; de alguna forma, la reforma se hace contra la doctrina de la DGRN anterior¹³⁰. Y lo hace no solamente en relación al préstamo, sino

¹³⁰ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango”, en *El Notario del Siglo XXI* n.º 23, enero-febrero 2009, p. 177. En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “La reforma hipotecaria...”, *op. cit.*, pp. 1.661-1.715. La RDGRN que mejor ejemplifica el rechazo a la recarga de la hipoteca con anterioridad a la Ley 41/2007 quizá sea la de 17 de enero de 2002 (RJ 2002/4588): “[...] admitir la utilización de una hipoteca constituida para seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada, cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en el Derecho Comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad”. Resultan por eso especialmente decepcionantes las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (La Ley 217723/2012 y 217724/2012), 10 de enero de 2013 (La Ley 5719/2013), 4 y 7 de febrero de 2013 (La Ley 17071/2013 y Ley 18162/2013, respectivamente) que, apartándose incluso de la posición de la propia DGRN antes de la Ley 41/2007, exigen el consentimiento de los titulares registrales posteriores para la inscripción, sin pérdida de rango, de una novación de un préstamo hipotecario bancario consistente en la ampliación del plazo del préstamo con hipoteca intermedia si bien, incomprensiblemente, no lo exigen cuando el titular registral intermedio es de un derecho “anotado” (embargante) o no “inscrito”. Nunca antes de la Ley 41/2007 la DGRN entendió aplicable la sanción de la pérdida del rango de la hipoteca inscrita ante la ampliación del plazo del préstamo. Estando dirigida la modificación del art. 4 de la Ley 2/1994 operada por la Ley 41/2007 a estimular la “novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor” que se ve dificultada por “la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la ley 2/1194” (Exposición de Motivos de la Ley 41/2007), la DGRN acaba interpretando la modificación precisamente en contra de su finalidad, en contravención de la regla del art. 3.1 CC *in fine*. La RDGRN de 4 de febrero de 2013, referida a un supuesto de ampliación del plazo del préstamo existiendo un embargo intermedio, defiende que el consentimiento de los titulares registrales posteriores para el mantenimiento del rango en caso de ampliación del plazo es exigible sólo respecto de los titulares de “derechos inscritos”, pero no de los de “derechos anotados” (como era el caso en esa resolución). La DGRN entiende en estas resoluciones que la pérdida del rango que se produce cuando, siendo exigible, no se obtiene el consentimiento de los titulares de derechos posteriores sólo se predica de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria o de la ampliación del plazo, pero no queda en modo alguno perjudicado el rango de la hipoteca existente. Pudiéndose entender esa “disgregación” del rango en el caso de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria (la hipoteca inicial tiene sólo la responsabilidad inicial, en cuanto que la responsabilidad ampliada tiene rango posterior al titular registral intermedio que no consiente), resulta ciertamente ininteligible cómo funcionaría en caso de ampliación del plazo: cuando vence el nuevo plazo, ¿se ejecuta la hipoteca por la total deuda por los distintos conceptos asegurados hasta la responsabilidad máxima hipotecaria inicial –que no ha variado– o, como todo vence en el nuevo plazo no se puede ejecutar la hipoteca en absoluto o se puede ejecutar lo que estaba vencido antes de la ampliación del plazo pero no lo que vence en el nuevo plazo fruto de la novación? En sentido parecido, CORDERO LOBATO, Encarna: “La hipoteca flexible: los retos pasados y presentes de la reina de las garantías. En particular, el problema del aplazamiento en refinanciaciones”, *La Ley* 3241/2013, de 20 de junio de 2013, pp. 10-13; CARRASCO PERERA, Angel: “Novación hipotecaria y conservación de rango por ampliación de plazo de la obligación garantizada”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 51, septiembre-octubre 2013, pp. 52-53 y el informe de la Comisión Nacional de Criterios de Calificación del Colegio de Registradores de 22 de marzo de 2010 (“Por otra parte, la admisión del criterio de que la excepción [del 4.3 de la Ley 2/1994] tiene lugar con la simple ampliación del plazo, produciría efectos respecto de la responsabilidad hipotecaria incompatibles con el sistema registral, porque, con independencia de los efectos que la ampliación del plazo pueda tener sobre la obligación, es insostenible que una misma hipoteca pueda tener un rango hasta una fecha y otro a partir de la misma, ni se entiende qué parte de la responsabilidad hipotecaria garantizaría la hipoteca de cada plazo”) y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 21 (enero-marzo 2009), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de

también en relación a la hipoteca que lo garantiza (fundamentalmente, en relación a la hipoteca), porque ¿qué utilidad tiene una novación modificativa de un préstamo bancario que no trasciende a la hipoteca, que pone en cuestión el rango de la hipoteca? ¿Cómo podría esperar el legislador que se estimulara la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor, es decir, la refinanciación de particulares y empresas, si no se protegiera el reflejo de la novación de la deuda en la garantía y el mantenimiento de su rango? Y por eso, al sentar la regla general, el legislador escribe: “*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*”¹³¹.

El art. 2.422 del Código civil francés permite que la recarga beneficie a un acreedor distinto del original, incluso aunque el crédito del primero no haya sido completamente amortizado. Esta posibilidad obliga al legislador francés a regular las relaciones entre el acreedor original y aquél que se beneficia de la recarga, para otorgar preferencia al primero. Así resulta del art. 2.422 del Código civil francés, cuando establece que la publicación de la recarga determina, entre otros, el rango de los créditos inscritos bajo la hipoteca recargable¹³². La norma española también permitiría que un acreedor diferente del inicial pudiera beneficiarse de la recarga, pero sólo en la medida en que se hubiera previamente subrogado en la totalidad de la deuda, sea con base en el art. 4.1 de la Ley 2/1994, sea con base en el art. 1.211 CC. Es decir, la norma española no admite la concurrencia de dos acreedores (inicial y beneficiario de la recarga) en la

España, Centro de Estudios Registrales [en línea]
 <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/21/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>>
 [consulta: 20 de noviembre de 2013], Apto. 13 y n.º 18 (abril-junio 2008)
 <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/18/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>>, Apto. 15.

¹³¹ ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: “La novación de préstamos hipotecarios: la hipoteca recargable”, en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 389-305, enfatiza que, a la vista de la Exposición de Motivos, lo que la Ley 41/2007 parece pretender es “*que no se pierda el rango registral obtenido por la constitución del primer préstamo hipotecario, que es lo que sucedería si se calificara la operación de novación extintiva [...]*”.

¹³² *Instruction 10-D-2006*, n.º 197, de 1 de diciembre de 2006 francesa: “*L’hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l’acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Le constituant peut alors l’offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l’acte constitutif et mentionnée à l’article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n’ait pas été payé. La convention de rechargement qu’il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée. Elle est publiée, sous la forme prévue à l’article 2430, à paine d’inopposabilité aux tiers. Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l’hypothèque rechargeable. Les dispositions du présent article sont d’ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite*”. THERY, Philippe: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Droit et Patrimoine*, n.º 159, 2007, pp. 41-66.

misma hipoteca (salvo con el consentimiento del acreedor inicial, claro está).

En el sistema francés, la hipoteca puede ser recargada en garantía de todo tipo de créditos, incluyendo crédito al consumo, el crédito inmobiliario y el crédito profesional, exceptuándose únicamente el crédito *revolving* (art. 313-14 del Código de Consumo francés, modificado por el art. 40 de la *Ordonnance*). La española se aplica sólo respecto de préstamos (y, en el mejor de los casos, a créditos) hipotecarios bancarios, cualquiera que sea su finalidad.

Obviamente, al igual que en el sistema español, el acreedor inicial beneficiario de una hipoteca recargable francesa no está obligado a recargar la hipoteca (es decir, a extender nuevo crédito) pese a la existencia de cobertura.

La normativa francesa permite la recarga de la hipoteca durante un plazo máximo de cincuenta años (art. 2.434 Código civil francés) habiéndose ampliado, para esta figura, el plazo general de treinta y cinco años francés. En España, sin embargo, no se prevé expresamente límite temporal alguno para la recarga, lo que constituye una nueva andanada a la seguridad jurídica.

En lo que a la hipoteca flotante propiamente hace referencia, la norma francesa, al contrario que la española, no reserva esta modalidad hipotecaria a las entidades bancarias o a las administraciones públicas. Se admite que la hipoteca garantice varias obligaciones, presentes y/o futuras, exigiendo únicamente, respecto de las futuras, que sean al menos determinables al tiempo de la constitución de la hipoteca.

1.2.3 Derecho alemán.

Como el español, el Derecho alemán contempla las hipotecas de tráfico o en garantía de una única obligación determinada como la figura hipotecaria básica, pero junto a ella, admite hipotecas muy próximas a nuestras hipotecas de seguridad y, dentro de estas, una hipoteca de máximo con perfiles cercanos a nuestra hipoteca flotante. Pero frente a la hipoteca como modalidad de garantía real accesorio, existe en Alemania una garantía real absolutamente abstracta, conocida como “deuda territorial o agraria” (“*Grundschild*”). La deuda territorial es una mera afección de un bien al pago de una suma, una *obligatio rei*, pero no presupone la existencia de una obligación personal (ni anterior, ni posterior a la constitución de la deuda o su inscripción registral). Es el propietario y constituyente de la deuda territorial quien decide, al tiempo de la constitución o, más frecuentemente, con posterioridad, en garantía de qué crédito se

afecta. La deuda territorial, aunque se configura como un derecho real de garantía, viene a cumplir una función económica distinta de la del aseguramiento del cumplimiento de una obligación. Y es la de movilización del valor del suelo. Para ello, el mismo derecho real se hace objeto de tráfico jurídico, de ordinario incorporándose a un título-valor¹³³.

El art. 1113 (2) BGB permite la hipoteca en garantía de deudas condicionales o futuras. En estos casos, hasta el nacimiento del crédito o la verificación de la condición, existe apenas una “deuda territorial de propietario” (*Eigentümergrundschild*), que se transforma automáticamente en hipoteca a favor del acreedor, con el surgimiento de la obligación garantizada (art. 1163 (1) BGB)¹³⁴. Y a la inversa: si el crédito se extingue, la hipoteca se transforma en deuda inmobiliaria (art. 1163 (1), segunda frase y 1177 (1), primera frase BGB). Tanto la deuda territorial como la hipoteca pueden devenir a favor del propietario de la cosa gravada (como *Eigentümergrundschild* o como *Eigentümerhypothek*), en contra pues de nuestro *nemine rea sua servit*, actuando en tal caso como una fracción independiente del dominio, propiedad cuantitativamente limitada o como una patrimonialización del rango hipotecario¹³⁵.

La diferencia básica entre el ordenamiento español y el alemán en materia hipotecaria no se refiere a la mayor o menor abstracción o al carácter no accesorio de la hipoteca alemana (que es accesorio), sino a los derechos que se conceden a los titulares posteriores en caso de amortización o extinción del crédito garantizado. El Derecho alemán sigue un sistema de puesto o rango “fijo”: en caso de amortización del crédito garantizado preferente, los titulares registrales posteriores no avanzan de puesto, no se benefician de la cancelación de la carga de mejor rango, sino que ésta sigue aprovechando ahora al propietario de la finca, si bien transformada en hipoteca de propietario o deuda inmobiliaria de propietario (y, por tanto, sin relación accesorio a crédito concreto alguno)¹³⁶. Contra la regla de consolidación de los arts. 513.3º y 548.1º

¹³³ QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: “El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos”, *RCDI* n.º 641, julio-agosto 1997, pp. 1.319 y ss. Sobre las ventajas de la deuda inmobiliaria respecto a la hipoteca, *vid.* MUÑIZ ESPADA, Esther: *La propuesta de una hipoteca independiente...*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

¹³⁴ WOLFF, Martin en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III (*Derecho de cosas*), I, PUIG BRUTAU, José (trad.), Barcelona, 1937 (3.ª ed.), p. 215.

¹³⁵ DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: “La Eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria”, *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics*, UC Berkeley [en línea], <<http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>> [consulta: 18 de noviembre de 2013], p. 11.

¹³⁶ Este principio general tiene, sin embargo, algunas excepciones, como cuando el acreedor beneficiario de una hipoteca solidaria (llamada “hipoteca global” en Derecho alemán, esto es, una hipoteca sobre varios inmuebles en garantía de una única pretensión en la que cada uno de los

CC español, en el Derecho alemán no se extingue el derecho real sobre finca ajena por el hecho de que el propietario de la misma adquiriera el derecho o porque el titular de éste adquiriera la finca (889 BGC). Al legislador alemán le repugna que el acreedor de rango posterior mejore su puesto (y, por tanto, su preferencia) a consecuencia del hecho externo del pago o extinción de la deuda preferente, sin hacer o sacrificar nada, especialmente si se tiene en cuenta que al tiempo de la concertación de la deuda de rango posterior la existencia de la deuda preferente habrá conllevado, de ordinario, una mayor onerosidad para el deudor en las condiciones de la deuda posterior (menor importe financiado, mayores tipos de interés, plazos de financiación más cortos, etc.). El legislador alemán no entiende justificado que el acreedor hasta ahora posterior aumente su protección (a través de la mejora del rango) por un hecho (la extinción de la deuda garantizada preferente) en el que no tiene mérito alguno, al que no ha contribuido de ninguna forma, y que se presenta totalmente ajeno a la relación que mantiene con el dueño de la cosa gravada sin tener que “reequilibrar” esa especial onerosidad de la relación garantizada posterior cuya justificación se encontraba, precisamente, en la existencia de la carga anterior ahora extinguida. El legislador alemán bien podría haber impuesto al acreedor de peor rango la carga de renunciar a las ventajas patrimoniales que obtuvo en consideración al carácter de segunda carga de su hipoteca (en forma de mayor onerosidad para el deudor) como requisito para beneficiarse de la mejora de rango por la extinción de la carga preferente. Pero quizás previendo la dificultad que encierra ese ejercicio de “*dissección*” de la parte del aleas sinalagmático de la relación garantizada por la hipoteca posterior que sólo se justifica en el carácter posterior del rango de su hipoteca, del resto de la relación jurídica, optó por negar al acreedor posterior la mejora del rango, ofreciéndoselo en cambio al dueño de la cosa gravada. Así, en este caso, la carga real sigue gravando el bien, en perjuicio de los demás acreedores, al margen del dominio, ostentando en ese caso el propietario la doble condición de dueño de la cosa y de titular de la garantía real y, en este último papel, como titular de un derecho patrimonial separado, que no se transmite cuando se vende la finca, ni se desvanece en el procedimiento ejecutivo que se siga contra ella. Mientras el dominio y la titularidad de la hipoteca recaen en la misma persona, la hipoteca no atribuye al titular todos los derechos de la hipoteca (singularmente, el derecho esencial

inmuebles responde hipotecariamente por la totalidad de la deuda) libera uno de los inmuebles gravados, conforme al 1175.1, inciso 2º BGB (WALDNER, W. en PRÜTTING, Hanns, WEGEN, Gerhard y WEINREICH, Gerd: *BGB Kommentar*, Colonia: Luchterhand Verlag, 2013 (8.ª ed.), p. 1969).

de realizar la cosa hipotecada, pues procedería contra sí mismo). Pero sí se atribuye o reserva una parte del valor de la finca al titular, que recobra toda su prestancia, como derecho real pleno, cuando dejan de coincidir en el mismo sujeto el dominio y la hipoteca (ya porque la finca se vende o ejecuta, ya porque la hipoteca se vende)¹³⁷. Esta “hipoteca de propietario”¹³⁸ surge por ejemplo cuando se constituye la hipoteca antes de que nazca la obligación, cuando la obligación se extingue (por cumplimiento, consignación, pago, remisión o condonación, término final o cumplimiento de la condición resolutoria, etc.), o cuando en una hipoteca no se excluye el otorgamiento de cédula de hipoteca (*Hypothekenbriefs*) hasta tanto no se entregue la cédula al acreedor (art. 1163 BGB)¹³⁹, cuando el acreedor renuncia a la hipoteca (art. 1168 BGB), cuando desaparece el acreedor (art. 1170 (2) BGB), cuando el acreedor desconocido queda excluido del correspondiente procedimiento intimatorio tendente a la declaración de caducidad¹⁴⁰ (art. 1171 (2) BGB), cuando el propietario que no es deudor, paga al acreedor (art. 1143 BGB) o el acreedor le cede el crédito, cuando el acreedor adquiere por negocio o herencia la propiedad sobre la finca gravada del propietario no deudor... La hipoteca de propietario surge en los siguientes supuestos:

- (a) Cuando paga el propietario que es deudor: la obligación se extingue (362 BGB), la hipoteca pasa al propietario por imperativo legal (1163 (1), 2º inciso BGB) y se transforma¹⁴¹ en deuda territorial de propietario porque la hipoteca no puede existir sin crédito (1177 (1), 1º inciso BGB).
- (b) Cuando paga el deudor que no es propietario: la obligación se extingue (362 BGB), la hipoteca pasa al propietario por imperativo legal (1163 (1), 2º inciso BGB) y se transforma en deuda territorial de propietario (1177 (1), 1º inciso BGB).
- (c) Cuando paga un tercero que no se encuentra legitimado para el pago: la obligación

¹³⁷ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca del propietario”, *op. cit.*, pp. 243-244.

¹³⁸ Sobre la hipoteca de propietario es enormemente ilustrativo el trabajo FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: “Hipoteca global e hipoteca de propietario en el derecho alemán y las resoluciones de la DGRN”, *RDP*, n.º 96, 2012, pp. 3-42.

¹³⁹ 1163 BGB: “*Hipoteca de propietario. (1) Si la pretensión [obligación] para la cual se ha constituido la hipoteca no llega a nacer, corresponde la hipoteca al propietario. Si la pretensión se extingue, adquiere el propietario la hipoteca. (2) Una hipoteca para la cual no queda excluido el otorgamiento de una cédula de hipoteca, corresponde al propietario hasta la entrega de la cédula al acreedor*”.

¹⁴⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José: Anotaciones a WOLFF, MARTIN: *Tratado de Derecho Civil*, II.2. 2º (*Gravámenes*), Barcelona: Bosch, 1935, p. 281.

¹⁴¹ “Metamorfosis” es el término que se emplea en QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: “El rango hipotecario...”, *op. cit.*, p. 1.322, nota 33.

se extingue y el propietario adquiere una hipoteca de propietario que se transforma en deuda territorial de propietario (arts. 1163 (1) 2º inciso y 1177 (1) 1º inciso BGB). No surge la hipoteca de propietario cuando paga el tercero legitimado para el pago (como los titulares de derechos de rango posterior a la hipoteca ante la ejecución de ésta, el arrendatario o el comprador del bien hipotecado, el legitimado con anotación preventiva): el tercero adquiere *ope legis* el crédito y la hipoteca.

- (d) Cuando paga un propietario que no es deudor. En este caso hay que distinguir si paga en virtud de un acuerdo en la relación interna deudor-acreedor o contra lo dispuesto en relación interna. En el primer caso, la obligación se extingue (art. 267 BGB), la hipoteca pasa al propietario y se convierte en deuda territorial de propietario. En el segundo, el crédito y la hipoteca pasan al propietario (surgiendo una hipoteca de propietario).

El Derecho alemán no permite que exista una hipoteca sin crédito, o un exceso de hipoteca sobre el crédito asegurado, imponiendo en todos estos casos su transformación en deuda inmobiliaria. En este sentido, el derecho de hipotecas alemán es, al contrario de lo que pudiera pensarse, mucho más estricto en la exigencia del principio de accesoriedad que el nuestro. El principio de accesoriedad se lleva en el Derecho alemán al extremo de que, existiendo una hipoteca en garantía de un determinado crédito, el acreedor que consiga una sentencia firme o un título ejecutivo que lo declare no puede exigir, por vía de ejecución, la inscripción “*forzosa*” a su nombre de una hipoteca de seguridad sobre una finca del deudor en garantía de ese mismo crédito (hipoteca forzosa que, por el contrario, está disponible al acreedor no hipotecario)¹⁴².

A diferencia de la hipoteca, la deuda territorial alemana es un derecho real que puede constituirse a favor del propietario del bien gravado (art. 1.196 BGC), sin referencia a la obligación que asegura (art. 1.192 BGC) que es, como se ha indicado, intrascendente. La deuda territorial se transmite y se grava a espaldas del registro. La mayoría de las veces, la deuda se representa mediante una cédula o título que no incorpora, sin embargo, la relación obligatoria (hablándose entonces de “cédula territorial”), pero también cabe prescindir del otorgamiento de la cédula. Cuando el

¹⁴² NUSSBAUM, Arthur: *Tratado de Derecho hipotecario alemán con una introducción sobre los principios generales del registro inmobiliario*, ROCES, Wenceslao (trad.) (traducción de la 2ª edición alemana), Madrid: RDP, 1929, pp. 227-228 y 249-250.

crédito que sirve de base al otorgamiento de la cédula no llega a nacer, el propietario de la finca gravada tiene apenas un derecho personal para dirigirse frente al poseedor de la cédula para exigir su restitución, en base al principio del enriquecimiento injusto (art. 812 BGC), sin que surja en este caso una hipoteca de propietario.

La distinción entre la hipoteca de propietario y la deuda territorial de propietario (esto es, antes de la afectación de la deuda a un crédito) en los casos en los que hipoteca y propiedad coinciden en una mano radica precisamente en que al propietario le corresponda la pretensión (la obligación hipotecaria) y la hipoteca, o sólo ésta última: sin pretensión (o cuando esta no existe o es futura), hay deuda territorial de propietario; con pretensión, hay hipoteca de propietario. En todo caso, mientras se mantenga la unificación de la propiedad y la hipoteca, se aplican las disposiciones de la deuda territorial de propietario (art. 1172 (2) BGB¹⁴³).

La protección que el ordenamiento alemán otorga al propietario, mediante la retención de un derecho patrimonial (en forma de hipoteca de propietario o de deuda territorial de propietario) en contra del principio de avance de puesto no es, sin embargo, absoluta. Consciente el legislador alemán de que esa protección puede dificultar el otorgamiento de crédito, el art. 1179 BGB permite el pacto en contrario: puede el hipotecante pactar al tiempo de constituir hipoteca de igual o posterior rango a una existente que, en los casos en los que se reúna en una mano propiedad e hipoteca preferente, se extinga la hipoteca o deuda territorial de propietario. Este pacto otorgaría a los acreedores iguales o posteriores en rango una pretensión de extinción de la hipoteca de propietario (“*Löschungsanspruch*”) que puede asegurarse mediante anotación preventiva. Pero incluso, en ausencia de pacto, el sistema alemán de puesto o rango fijo se cuestiona desde finales del siglo pasado merced a lo dispuesto en el art. 1179 a BGB que otorga a los acreedores posteriores una pretensión (de origen legal) para la extinción de la hipoteca de propietario (o, más correctamente, la deuda territorial de propietario) que surja en caso de que la obligación que iba a garantizar una hipoteca de rango anterior no vaya a surgir. Y ese derecho de cancelación, además, se protege con carácter real (no meramente obligacional) aunque no exista anotación preventiva (existe una ficción legal de la existencia de una anotación preventiva¹⁴⁴). El derecho de

¹⁴³ 1171.2 BGB: “*Si al propietario también le corresponde la pretensión, se determinan sus derechos precedentes de la hipoteca, mientras dure la unificación, conforme a las disposiciones de la deuda territorial de propietario*”.

¹⁴⁴ QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: “El rango hipotecario...”, *op. cit.*, p. 1.336.

cancelación de origen legal puede ser excluido por pacto. Se introdujo esta importante modificación legal en 1977 con la finalidad de simplificar la gestión de los registros, enormemente dificultada por los derechos de cancelación convencional (y las correspondientes anotaciones preventivas) que se fueron generalizando en la práctica bancaria: los prestamistas profesionales ofrecían condiciones financieras para el crédito en segundo o ulteriores rangos no sustancialmente más onerosas que las previstas para la financiación con rango preferente y, en estas circunstancias, conseguían que los propietarios concedieran un derecho de cancelación convencional en la mayor parte de las ocasiones. Por tanto, 1179 y 1179 a BGB son dos importantes excepciones al sistema alemán de puesto o rango fijo (y puesto que la segunda tiene origen legal, se podría decir que el Derecho alemán ha evolucionado hacia un sistema de puesto móvil o de avance de puesto).

El art. 1.180 BGB admite la sustitución del crédito garantizado inicialmente por una hipoteca inscrita por otro crédito ("*Forderungsauswechslung*"), si bien sometiendo el negocio a la ritualidad de la transmisión de un derecho real, es decir, al acuerdo entre el acreedor hipotecario y el propietario (sea o no deudor) y la inscripción en el registro. El primer crédito, aunque permanece, deja de estar garantizado, en tanto que el nuevo crédito puede pertenecer al mismo acreedor que el antiguo (lo que será la opción más frecuente) o bien a otro, y ser a cargo del mismo deudor que el antiguo u otro¹⁴⁵. No se exige aquiescencia o consentimiento de los titulares de derechos inscritos, ni del deudor originario (¡ni siquiera cuando la hipoteca pasa a servir un crédito de distinto deudor!). El único límite a la sustitución del crédito hipotecario se encuentra en la igual o menor onerosidad de la nueva obligación respecto de la antigua. Al analizar el Derecho portugués, señalé que también allí se contempla la figura de la sustitución del crédito hipotecario (con parecidos perfiles, *ex art. 727º Código civil portugués*) y ello a pesar de que ese sistema jurídico sigue un sistema férreamente accesorio (sin concesiones a la abstracción).

El art. 1190 BGB alemán establece la llamada hipoteca de máximo (*Höchstbetragshypothek*) como una modalidad de las hipotecas de seguridad (*Sicherungshypothek*, contemplada con carácter general en el 1184 BGB y en el 1187 BGB en la modalidad de hipoteca de seguridad para títulos a la orden y al portador). Al

¹⁴⁵ WOLFF, Martin en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 217.

constituir la hipoteca, se determina únicamente la cifra máxima de la que responde la finca, sin que el crédito (que no se identifica, de momento, o que puede contener circunstancias de variabilidad) pueda superar dicho límite. A diferencia de la hipoteca de seguridad, que suele ser empleada para garantizar obligaciones a corto plazo, la de máximo es más habitual en relaciones jurídicas duraderas. Los intereses se entienden incluidos en la cifra de responsabilidad (1190 (2) BGB). Puede usarse para garantizar una relación de cuenta corriente, o un crédito con disposiciones paulatinas, un préstamo con amortizaciones a plazos, o las pretensiones presentes y futuras procedentes de una determinada relación negocial (como con un banco, frente al propietario, etc.). La hipoteca de máximo es siempre una hipoteca de seguridad, aunque no se designe como tal en la inscripción (art. 1190 (3) BGB). Por el contrario, la hipoteca de máximo no se transforma en hipoteca de tráfico o en hipoteca de seguridad por la concreción de la cifra del crédito garantizado, sino que se exige convenio expreso entre las partes¹⁴⁶ y, en caso de conversión, es posible incluir en la cobertura hipotecaria los intereses que se devenguen en el futuro, con el límite del 5% de la responsabilidad hipotecaria, y sin que tengan que prestar consentimiento para ello los titulares registrales de rango posterior (art. 1119 BGB).

Se ha dicho por eso que en la hipoteca de máximo alemana fluctúa continuamente dentro de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte que es hipoteca (a la que subyace crédito) y la parte que es deuda inmobiliaria (de propietario), en función del surgimiento de los créditos y, a la inversa, de su reembolso, extinción o cesión a tercero¹⁴⁷. Hasta que no se alcance el máximo, existe una deuda territorial de propietario (y mientras que no exista la obligación, corresponde la hipoteca de máximo al propietario).

La hipoteca de máximo del 1.190 BGB se diferencia de la deuda inmobiliaria en que, en esta última, la causa secundaria (es decir, la razón que induce al propietario a establecer la carga) es absolutamente intrascendente: la finca responde del pago de una cantidad. Lo habitual es que la deuda inmobiliaria se transmita para servir de garantía de un crédito, pero éste permanece absolutamente ajeno al registro (y de ahí que no se pueda hacer valer frente al acreedor ninguna excepción basada en la relación subyacente). En la deuda inmobiliaria, el propietario del bien no es deudor, y sólo está

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 6 de noviembre de 1901.

¹⁴⁷ NUSSBAUM, Arthur: *Tratado de Derecho hipotecario...*, op. cit., p. 212.

facultado para evitar, mediante el pago, que el fundo gravado se transforme (a través de la ejecución forzosa) en dinero a favor del acreedor¹⁴⁸. En la hipoteca del 1.190 BGB, por el contrario, el crédito (o créditos) garantizado(s) está(n) implícito(s) como causa secundaria. No se admite, por ello, que el acreedor hipotecario en una hipoteca de máximo adquiera una especie de privilegio general de carácter subjetivo frente al deudor o el propietario (entendiendo “general” aquí por referencia a las obligaciones garantizadas y no a los bienes o derechos sobre los que recae este supuesto “privilegio”), pero sí admiten los tratadistas, de forma mayoritaria, que la hipoteca de máximo garantice todos los créditos del deudor con el acreedor (en línea con el modelo de “*Hipoteca de seguridad por importe de [] a favor de []*”), sin que sea preciso que se identifique particularizadamente la relación jurídica de la que deriva la deuda. Aún referida con vaguedad, la obligación u obligaciones son esenciales en la hipoteca alemana¹⁴⁹.

En la hipoteca de máximo alemana, la cesión del crédito no produce de forma irremediable la transmisión de la hipoteca al cesionario sino que, por el contrario, la hipoteca se mantiene a beneficio del cedente para cubrir ulteriores créditos nacidos en el seno de la relación obligatoria a la que sirve la hipoteca. Como el crédito permanece absolutamente ajeno a la hipoteca, su cesión no tiene trascendencia registral (art. 1190, apartado 4º BGB)¹⁵⁰.

Esta modalidad hipotecaria no goza de ejecutabilidad directa, dada la imposibilidad de acudir a la ejecución sin previa liquidación (judicial o consensuada) de la deuda, sin que se admita, en la norma procesal, un allanamiento *ex-ante* por parte del deudor a la liquidación practicada por el deudor, o a la vía ejecutiva¹⁵¹. La inscripción, obviamente, tampoco hace prueba de la existencia o cuantía del crédito, ni siquiera con efecto indiciario, recayendo plenamente en el acreedor la carga de la prueba. En esto se

¹⁴⁸ WOLFF, Martin en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, op. cit., p. 197.

¹⁴⁹ Bien se aprecia en la fórmula de constitución que propone Jürgen F. BAUR: “*Para el aseguramiento de cualquier crédito del acreedor que en esta relación de crédito se haya entregado o surgido o surja o se entregue, yo acuerdo y solicito la constitución de hipoteca de máximo, por importe de [...], sobre mi finca [...]*”.

¹⁵⁰ Tampoco en la hipoteca alemana en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (art. 1.187 BGB) la cesión del crédito asegurado se hace constar en el registro o se somete a las formalidades del derecho hipotecario, pero en este caso, a diferencia de la hipoteca de máximo, es por la esencial accesoria de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (y ello, pese a se encuadra también en la clase de las hipotecas de seguridad): la transmisión del título, conforme a las reglas y formalidades cambiarias, produce inseparablemente la de la hipoteca.

¹⁵¹ NUSSBAUM, Arthur: *Tratado de Derecho hipotecario...*, op. cit., pp. 212-213.

aprecia una notable diferencia con el Derecho español, en el que el art. 153 bis LH permite que se otorgue al acreedor hipotecario la facultad de liquidar la deuda “*en la forma convenida por las partes en la escritura*”, que da paso a la vía ejecutiva.

Por estas razones, la práctica en Alemania ha rehuido la hipoteca de máximo y utilizado mecanismos alternativos para asegurar obligaciones derivadas de relaciones duraderas entre empresarios, tales como la deuda territorial o las “*hipotecas de máximo encubiertas*”¹⁵², entendidas como aquellas hipotecas de tráfico u ordinarias constituidas en garantía de un préstamo por el total por el que se constituiría la hipoteca de máximo, pero comprometiéndose el acreedor (obviamente, extrarregistralmente) a no ejecutar dicha hipoteca sino por la cantidad definitiva que resulte de las obligaciones surgidas entre las partes en su relación obligatoria. Las ventajas de la “hipoteca de máximo encubierta” para el acreedor son evidentes: tiene acceso a la vía ejecutiva; no precisa probar la existencia de la deuda (deriva de la inscripción registral); puede liquidarla (incluso en el caso de que se promueva una subasta judicial de la finca hipotecada, para aspirar a trabar el producto obtenido), y, finalmente, puede asegurar los intereses de forma separada del principal (y sin verse constreñido por el límite del 5% al que se refiere el 1.190, 2º BGB).

1.2.4 Derecho holandés.

El Derecho holandés reconoce un único tipo de garantía real sobre inmuebles (la denominada “*hypotheek*” o hipoteca), prohibiendo expresamente el Código civil holandés de 1992 la *fiducia cum creditore* (art. 3:84(3) BW).

La hipoteca confiere al acreedor hipotecario un elevadísimo grado de protección, incluso en escenarios concursales, atribuyéndole preferencia de cobro respecto del bien frente a otros acreedores (hasta los privilegiados como los créditos tributarios; art. 3:279 BW) con las únicas dos excepciones del crédito refaccionario del constructor (art. 3:285 BW) y los gastos de comunidad del año en curso y el anterior (art. 3:286 BW).

El acreedor tiene un derecho de realización de valor que no está sujeto a procedimiento judicial alguno, sino notarial (art. 544 del código de enjuiciamiento civil holandés), ya en subasta pública, ya en subasta privada (en este último caso, con autorización judicial *ex art.* 3:268 BW). Los requisitos de constitución de una hipoteca en Holanda son bien parecidos a los españoles: un contrato de eficacia real

¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 8 de marzo de 1905 (t. 60, pp. 244-246).

(*geoderenrechtelijke overeenkomst*) con causa válida formalizado por quien tiene plena disponibilidad de la cosa hipotecada (art. 3:84 BW) que se formaliza en escritura pública y se inscribe en el registro de la propiedad (arts. 3:89 BW y 3:260 BW). Se trata de un sistema netamente causalista. El rango hipotecario, como en Derecho español, se aparea al momento de la inscripción (arts. 3:19 y 3:21 BW) y se sigue el sistema latino o romano de avance de puesto (art. 3:262 BW), salvo que el derecho preferente sea una “*bankhypotheek*” o una “*crediethypotheek*” (a las que luego me referiré).

No se admite la hipoteca de propietario (art.: 3:81 (2) BW). A diferencia del Derecho español, el acreedor de segundo o ulterior rango no puede ejecutar sin consentimiento del acreedor o acreedores de rango preferente (salvo si estos renuncian a ejecutar).

La ejecución de la hipoteca es posible incluso en estado de insolvencia del deudor, si bien el administrador concursal puede suspender temporalmente la ejecución.

Otro elemento de vital importancia es que la hipoteca holandesa es sustancialmente accesoria del crédito garantizado viéndose afectado por las vicisitudes que afecten al crédito (extinción, nulidad, anulabilidad) (sin perjuicio de determinadas excepciones encaminadas a la protección de terceros de buena fe; art. 3:26 BW) (art. 3:274 BW) y de las matizaciones a la accesoriedad derivadas de la “*bankhypotheek*” o de la “*crediethypotheek*”. La cesión del crédito determina automáticamente la cesión de la hipoteca y es inválida la cesión de la hipoteca al margen del crédito. Al contrario que al tiempo de la constitución, la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene eficacia constitutiva (el art. 6:143(4) BW atribuye al cesionario el derecho de exigir la cooperación del cedente para dejar constancia de la cesión en el registro). El propietario conserva frente al cesionario todos los derechos y acciones que tenía respecto del cedente, así como el de compensación con los créditos que tenga frente al cesionario derivados de la misma relación jurídica, o incluso de los que tuviera frente al cedente derivados de cualquier otra con anterioridad a la cesión (art. 6:145 BW). El principio de la accesoriedad se lleva al extremo de que el cesionario no merece protección alguna si el crédito se ha extinguido en todo o en parte aunque dicha circunstancia no conste en el registro.

Pese a ello, se admite la hipoteca en garantía de obligaciones futuras siempre que sean “*suficientemente determinables*” (art. 3:231 BW) y se fije la responsabilidad hipotecaria máxima (art. 3:260 BW). Es posible constituir la hipoteca en garantía de

todas las obligaciones que un banco pueda tener (o adquirir) frente al hipotecante (o frente a un deudor no hipotecante) (“*bankhypotheek*”). También la hipoteca en garantía del saldo de un crédito hasta un determinado límite (“*crediethypotheek*”). Se admite, por tanto, la cobertura hipotecaria mediante una hipoteca global de obligaciones futuras, no enteramente determinadas al tiempo de la constitución de la hipoteca, incluso resultantes de un acuerdo de voluntades ulterior¹⁵³, así como en garantía del saldo final debido bajo un contrato de crédito.

Incluso se admite que queden cubiertos los créditos surgidos en cabeza de tercero en los que el acreedor hipotecario se subroga o que se le cedan con la única limitación, en estos casos, de que el acreedor desconociera la insolvencia inminente o actual del deudor al tiempo de la adquisición de estos créditos. O sea, si el acreedor adquiere obligaciones nacidas en cabeza de terceros acreedores y llamadas a quedar garantizadas por la hipoteca consciente de la insolvencia actual o inminente del deudor, esas obligaciones no quedan amparadas por la hipoteca. Esta conclusión, no reconocida en el Derecho positivo, resulta de la aplicación de una sentencia del Tribunal Supremo holandés de 30 de enero de 1963 (NJ 1963/578; Doyer en Kalff).

Es aún objeto de cierta polémica la cuestión de si la “*bankhypotheek*” o hipoteca global holandesa es susceptible de cesión en caso de cesión o subrogación de tercer acreedor en alguna de las obligaciones garantizadas, pero no en todas. El Tribunal Supremo holandés declaró que sí en una ocasión. Por una parte, parecería exigible la cesión de todas las deudas en un momento cubiertas por la hipoteca y hasta la relación subyacente con el deudor, para la cesión de la hipoteca global (por ser esa la tesis más conforme con el principio de accesoriedad que inspira el Derecho holandés). Sin embargo, es obvio que dicha tesis dificultaría (o incluso imposibilitaría) los mecanismos de refinanciación o titulización de los créditos bancarios cubiertos por estas hipotecas, lo que ha animado a algunos autores a defender la viabilidad de la cesión (sugiriendo que se rellene en lo posible la laguna legal mediante la inclusión de reglas contractuales específicas en las escrituras de hipoteca global y en las operaciones crediticias llamadas a quedar garantizadas¹⁵⁴).

¹⁵³ PLOEGER, Hendrik, VAN VELTEN, Aart y ZEVENBERGEN, Jaap: “Real Property Law and Procedure in the European Union; Report for the Netherlands”, 2005, p. 35.

¹⁵⁴ THIELE, Angélique: “Dutch securitisation: a step forward” en *The In-House Lawyer*, febrero 2005, p. 31.

1.2.5 Derecho polaco.

Polonia fue uno de los primeros países, dentro de la Unión Europea, en el que tomó cuerpo la tendencia a la relajación del principio de accesoriedad en la garantía inmobiliaria. Y lo hizo sin modificación de la base de la hipoteca accesoria que existía en dicho país nada menos que desde 1808 (bajo el influjo del Código Napoleónico), mediante la creación de una nueva modalidad de garantía inmobiliaria conocida como “*dlug gruntowy*” o carga territorial. A través de una ley de algo más de 70 artículos de modificación de la ley hipotecaria polaca (“*Ustawa o księgach wieczystych i hipotece*” o ley sobre los libros catastrales y la hipoteca de 26 de junio de 2009), se introdujo una modalidad de carga inmobiliaria que sigue de cerca el modelo del certificado de deuda inmobiliaria suizo (*Schulbrief*). Entró en vigor el 20 febrero de 2011.

El propósito de esta modificación es ajustar la normativa hipotecaria a las nuevas condiciones o exigencias del mercado, incrementando la flexibilidad de la garantía y su eficacia y reduciendo los costes vinculados a la creación y utilización de las hipotecas.

Se han unificado las modalidades hipotecarias eliminándose la distinción anterior entre hipotecas ordinarias o de tráfico, en garantía de créditos presentes e hipotecas de máximo en garantía de créditos futuros o de cuantía incierta. La nueva hipoteca presenta bastantes semejanzas con la hipoteca flotante española.

La nueva regulación permite que se garantice el principal y los intereses y demás partidas colaterales o accesorias de una misma relación jurídica, hasta el total de la responsabilidad máxima hipotecaria establecida. Evidentemente, cualquier exceso del crédito respecto de la responsabilidad máxima hipotecaria no quedará garantizado (y no se beneficiará, en consecuencia, de los derechos y privilegios de que atribuye la hipoteca y en particular, los relativos a la ejecución).

El artículo 68 (1) contempla que las hipotecas voluntarias garanticen varias obligaciones de diversas relaciones jurídicas pero que le correspondan a un determinado acreedor. En el contrato de constitución de una hipoteca, debe describirse las relaciones jurídicas y los créditos dimanantes de ellas que se garantizan mediante la hipoteca. El acreedor hipotecario puede dividir la hipoteca. La declaración de división debe de presentarse al propietario. La inscripción de la división en el registro de la propiedad es constitutiva. Obviamente, la admisión de una hipoteca en garantía de varios créditos del mismo acreedor elimina de raíz el debate (en el pasado siempre polémico) de la

imputación de los pagos parciales efectuados por el deudor.

La norma polaca es algo más restrictiva que el art. 153 bis LH en tanto que excluye la pluralidad activa en la hipoteca (al exigir que todas las relaciones jurídicas garantizadas sean con el mismo acreedor), salvo cuando la hipoteca sirva de garantía de una operación de financiación sindicada. En efecto, el art. 68 (2) está destinado a regular las hipotecas en garantía de operaciones únicas de financiación sindicada. Se permite así la hipoteca en garantía de varios créditos que correspondan a varias entidades y que tengan el fin de financiar la misma operación (se exige, por tanto, una vinculación causal o funcional respecto de una determinada financiación, sin que se admita en este caso una modalidad de hipoteca global o abierta). Para ello, se exige el nombramiento por los acreedores hipotecarios de un administrador de la hipoteca, que puede ser uno de los acreedores o un tercero. Se impone la forma escrita para la designación del administrador hipotecario. El administrador hipotecario concierta (en representación de los acreedores hipotecarios) el contrato de constitución de la hipoteca y ejerce los derechos y obligaciones de los acreedores hipotecarios, en su nombre pero por cuenta de los acreedores hipotecarios. Al tiempo de la constitución de la hipoteca, se exige igualmente la determinación del alcance de la protección dispensada a cada uno de los créditos (esto es, la distribución de la hipoteca entre los créditos de cada acreedor) y la descripción de la operación que se ha financiado. En este caso, en el registro de propiedad se inscribe como acreedor hipotecario al administrador hipotecario. Si caduca el contrato de nombramiento del administrador hipotecario y no se procede al nombramiento de uno nuevo, cada uno de los acreedores garantizados puede solicitar la división de la hipoteca (aplicándose en tal caso los artículos referentes de división de una copropiedad). Esta misma regla es de aplicación cuando los acreedores no alcanzan acuerdo para sustituir al administrador hipotecario¹⁵⁵.

Por tanto, una primera importante novedad de esta norma de modificación de la ley hipotecaria es que permite la garantía de varios créditos, sean del mismo acreedor,

¹⁵⁵ Para la constitución de una hipoteca de este tipo en favor de un administrador de hipoteca, no se aplica el art. 95 de la Ley Bancaria (*Prawo bankowe*) polaca. La ley bancaria polaca atribuye determinados privilegios a los bancos, especialmente en relación a la forma de constitución de una hipoteca (el apartado 1 del citado art. 95, por ejemplo, dispensa del otorgamiento de escritura y atribuye a los extractos de los libros de contabilidad bancarios y escritos firmados por los representantes del banco y sellados con el sello oficial del banco la susceptibilidad para constituir inscripción en el registro de la propiedad). La sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 15 de marzo de 2011 ha declarado la inconstitucionalidad del apartado 1 de este art. 95 en las relaciones con consumidores.

sean de varios acreedores (si bien en este caso, siempre que exista una unidad funcional en el crédito).

El art. 68 (3) de la Ley Hipotecaria supone una radical alteración de principio de accesoriedad de la hipoteca hasta ese momento aplicable en Polonia, al permitir la sustitución del crédito originalmente garantizado por la hipoteca por otro crédito del mismo acreedor, ya se encuentre el nuevo garantizado o no con hipoteca sobre el mismo inmueble (y cualquiera que sea el rango hipotecario de que disfrute, en su caso, ese nuevo crédito). No se precisa el consentimiento de los acreedores o titulares registrales simultáneos o posteriores al de la hipoteca para efectuar esta sustitución, manteniéndose el rango de la hipoteca originaria, obviamente sin que esa sustitución suponga ampliación de la responsabilidad hipotecaria original. Se trata, por tanto, de un precepto de evidentes parecidos con la recarga de la hipoteca efectuada conforme al art. 4 de la Ley 2/1994, sin que sea exigible, sin embargo, la condición subjetiva de entidad financiera del acreedor hipotecario, al contrario que en nuestro país. También se asemeja a la hipoteca recargable francesa (arriba analizada) pero, a diferencia de esta, se limita la sustitución al crédito del mismo acreedor y, además, no se contempla una sustitución parcial (de forma que, durante algún tiempo, “cohabiten” en la hipoteca el crédito nuevo y el viejo). Eso sí, la norma polaca permite que la sustitución ocurra incluso después de que el crédito inicialmente garantizado haya sido plenamente amortizado o haya quedado extinguido (en tanto se mantenga la hipoteca inscrita). Obviamente, esta regla permitirá evitar los costes de constitución y cancelación de las hipotecas, al permitir que un crédito nuevo quede garantizado con una hipoteca preexistente, manteniendo su rango y antigüedad. Así, reza el apartado 1 del art. 68 (3): *“Se puede cambiar el crédito garantizado por otro crédito del mismo acreedor. Para el cambio del crédito se aplica las provisiones de cambio del contenido de la hipoteca. El acuerdo de las personas a las que correspondan rangos iguales o posteriores no es necesario”*.

El artículo 68 (4) regula las modificaciones del crédito garantizado que pueden suponer aumento o engrandecimiento de la cobertura hipotecaria, exigiendo para ello, con carácter general, consentimiento del propietario (cuando sea distinto del deudor):

1. *“Para hacer el cambio en la moneda del crédito garantizado u otros cambios mediante negocio jurídico que aumentan el alcance de la garantía del inmueble se requiere el consentimiento del titular del inmueble, si no es el deudor personal.*

La declaración del titular del inmueble debe de ser cursada por escrito a cualquiera de las partes.

2. *Los cambios en el crédito garantizado, mencionados en el punto 1, nos son oponibles frente al propietario hasta que no los apruebe.”*

Se permite al propietario de la cosa gravada solicitar la cancelación parcial o reducción de la responsabilidad hipotecaria máxima si se muestra excesiva (por ejemplo, a consecuencia de la amortización parcial del crédito garantizado). Se trata de una medida de política legislativa en favor de los propietarios inmobiliarios encaminada a poner coto o freno a las situaciones de sobregarantía que reducen innecesariamente el crédito territorial. Es evidente que, para la determinación de la existencia de una situación de sobregarantía que permita al propietario reclamar dicha reducción, se ha de atender a los criterios o parámetros establecidos en la hipoteca (y, en particular, al ratio de valor-deuda o *loan-to-value* que haya podido establecerse convencionalmente).

Finalmente, la modificación legal supone una importantísima alteración del sistema latino de avance de puesto hipotecario (en vigor también en Polonia hasta entonces) para sustituirlo por un sistema germánico de puesto vacío. Así, la cancelación de una hipoteca de rango preferente no supone necesaria y automáticamente la mejora del rango (el avance de puesto) de los derechos inscritos posteriores, sino que el propietario del inmueble puede libremente disponer del rango y el puesto dejado libre. El propietario puede aprovechar la hipoteca existente para garantizar un nuevo crédito o uno que disfrute de hipoteca de rango posterior, con la única limitación de respetar la responsabilidad hipotecaria originaria¹⁵⁶.

La ley contempla la posibilidad de transformación de una hipoteca en una deuda territorial y a la inversa, pero sólo en relación a derechos creados desde la entrada en vigor de la ley.

Siguiendo el modelo suizo y alemán, para la eficacia de la carga territorial, se exige la noticia registral de la conclusión del acuerdo de emisión de la garantía real (pero no de su contenido). Cualquier futuro comprador conocerá, gracias a esa constatación registral, que el inmueble está sujeto a una deuda no accesorio y podrá aventurar las limitaciones a su propiedad que de ahí pueden resultar.

¹⁵⁶ PASTERNAK, Robert y SRON, Mariusz: “Modifications to the Act on land and mortgage registers” [en línea], <http://www.deloitte.com/view/en_PL/pl/insights/Newsletters/legal-alert/0153bcda469e210VgnV CM1000001a56f00aRCRD.htm> [consulta: 13 de julio de 2011].

La ley impone al acreedor la obligación de dar a conocer al adquirente de la garantía las condiciones acordadas en el acuerdo de emisión de la garantía real, así como la responsabilidad legal de indemnizar los daños que pudieran derivarse para el deudor, el propietario o el cesionario de la omisión de esta información. El acuerdo de emisión de la garantía es oponible frente a cualquier adquirente de la garantía.

1.2.6 Derecho peruano.

El art. 1.099.2 del Código civil peruano (Decreto Legislativo n.º 295 de 24 de julio de 1984) establece como requisito de validez de la hipoteca, entre otros, que “*asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable*”, admitiendo el art. 1.104 del mismo cuerpo legal la hipoteca en garantía de obligación futura o eventual. Se admite, por tanto, una hipoteca en garantía de obligación futura, aunque no esté perfectamente definida al tiempo de la constitución, con tal de que sea, al menos, determinable.

Sin embargo, no se contempla la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones (si bien admite una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador –art. 1.108– del todo semejante a nuestro art. 154 LH). Antes al contrario, el Código civil peruano está trufado de preceptos que enfatizan, directa o indirectamente, el carácter único de la obligación garantizada: reducción judicial del monto de la hipoteca “*si ha disminuido el importe de la obligación*” (art. 1.116); extinción de la hipoteca por “*extinción de la obligación que garantiza*” (art. 1.122) o por su “*anulación, rescisión o resolución*” (art. 1.122.2).

Un régimen más cercano a nuestra hipoteca flotante, sin embargo, se contempla con carácter específico en relación con el denominado “*título de crédito hipotecario negociable*” a la vista de la regulación existente en la Sección Séptima del Libro Segundo de la Ley n.º 27287 del Mercado de Valores del Perú de 17 de junio de 2000. En este caso, también existe (como regla) una única obligación asegurada (a diferencia de nuestra hipoteca flotante en garantía de varias obligaciones). El título de crédito hipotecario negociable peruano es un título hipotecario que permite la movilización de un crédito, generalmente futuro. Y en esto sí se puede ver alguna proximidad a nuestra flotante en garantía de una obligación futura no completamente determinada. Mientras que en nuestro mercado hipotecario la movilización de los préstamos o créditos bancarios se efectúa por el acreedor, tras su concesión, en Derecho peruano es el propietario del bien el que crea el título de crédito hipotecario negociable y el gravamen

hipotecario sobre el bien afecto, que otorgará la preferencia y exclusividad al tenedor del título “*en respaldo del crédito que se señale en el mismo documento en el acto de su primer endoso*” (art. 240.3) (si bien, como excepción, como luego se verá, puede efectuar la emisión el acreedor). El título se expide a solicitud del propietario de un bien susceptible de ser gravado con hipoteca (art. 240.1), tras constatar el registrador la inexistencia de cargas o gravamen sobre el bien hipotecado (art. 240.2) y por el valor del bien gravado (determinado mediante tasación de perito incluida en la escritura pública de emisión del título y constitución de la hipoteca). En el acto del primer endoso del título, se consigna el crédito que garantiza, el plazo o plazos de vencimiento, los intereses y demás condiciones, “*constituyendo desde entonces el Título de Crédito Hipotecario negociable un título valor que representa la hipoteca y el crédito consignado, a favor de su tenedor*” (art. 242.1). Se establece un expeditivo mecanismo de venta directa del bien hipotecado sin intervención judicial (a través de ciertas empresas del Sistema Financiero Nacional), en caso de impago del título (art. 243.1).

Cuando el propietario prevea que el primer endosatario será una empresa del Sistema Financiero Nacional, es posible solicitar al registrador que consigne en el título el monto y condiciones del crédito que al efecto señale en el acto de constitución del gravamen o autorizar a la prevista empresa endosataria del Sistema Financiero Nacional a completar el título con las informaciones referidas al crédito (art. 242.3). Se otorgan a tales empresas endosatarias del Sistema Financiero Nacional determinadas ventajas o privilegios (tanto durante la fase de seguridad de la hipoteca, como en la fase de ejecución) (arts. 242.3 y 245.2).

Como excepciones a ese régimen general:

- (a) se permite la expedición de un título de crédito hipotecario negociable para endoso a una empresa del Sistema Financiero Nacional “*para garantizar una pluralidad de obligaciones que frente a ella mantenga el propio endosante*” (art. 245.3), modalidad realmente próxima a nuestra flotante global. En este caso, en el primer endoso del título se ha de incluir la cláusula de “no negociable”.
- (b) se admite la expedición del título por las empresas del Sistema Financiero Nacional (y no por el propietario del bien) “*cuando la garantía hipotecaria que respalde su crédito se encuentre o vaya a ser inscrita en el Registro Público*”, con la autorización previa del propietario del bien (y del deudor si

fuera diferente), tras lo cual se produce la incorporación del crédito y la hipoteca al título (aunque la incorporación de la garantía al título sólo será oponible respecto de terceros de buena fe desde que se inscriba la emisión del título en el Registro Público en el que conste la hipoteca) (art. 245.4).

1.2.7 Derecho chileno.

La reglamentación que de la hipoteca se contiene en el Código civil chileno de 1857 no ha sido objeto de modificación alguna. La legislación protectora de los derechos de los consumidores, recientemente modificada para dotar al organismo administrativo encargado de velar por el cumplimiento de dicha normativa (denominado “Servicio Nacional del Consumidor”) de mejores atribuciones en materia financiera, reconoce, entre la panoplia de derechos básicos de los consumidores de productos o servicios financieros, algunos de naturaleza irrenunciable durante la celebración y ejecución del contrato, la oportuna liberación de las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, una vez extinguidas éstas, y la limitación de hipotecas. En especial, en este último campo, cabe destacar que la figura hipotecaria más cercana a nuestra hipoteca flotante, denominada “*hipoteca con cláusula de garantía general*”, ha pasado a ser opcional para el consumidor, en tanto que con anterioridad a la última enmienda legal, la constitución de garantías generales era elevada por las entidades crediticias a la categoría de condición para el otorgamiento de créditos hipotecarios.

Rige en el Derecho chileno también una aplicación estricta de los principios de accesoriedad (extinguida la obligación, perece la hipoteca *ex arts.* 1.442, 2.401, 2.413 y 2.434 CCc; a la nulidad de la obligación, le sigue la nulidad de la hipoteca; la acción hipotecaria prescribe al tiempo que la acción que demana de la obligación principal *ex arts.* 2.434.1º y 2.516 CCc; la cesión de la obligación comporta la cesión de la hipoteca *ex art.* 1.906 CCc o la subrogación en el crédito produce la subrogación del *accipiens* en la hipoteca *ex art.* 1.612 CCc) y de especialidad. Es posible, sin embargo, la garantía de deuda futura al permitirse que la hipoteca se otorgue antes o después del contrato a que acceda (art. 2.413 CCc). Y también que acreedor y deudor convengan expresamente la reserva o mantenimiento de la hipoteca no obstante la extinción de la obligación principal por novación (*ex arts.* 1.642-1.644 CCc), con los límites de que la nueva obligación no puede exceder de la primera (para no perjudicar a los acreedores hipotecarios posteriores), de que no opera la reserva contra la opinión del tercer

poseedor de la cosa hipotecada y de que si la deuda novada era de varios deudores solidarios, el mantenimiento de la hipoteca opera respecto de aquél o aquellos que convenga(n) la novación.

Se admite, excepcionalmente, que la hipoteca se limite a una determinada suma (cuando así se exprese de forma inequívoca). En otro caso, la hipoteca cubre la totalidad de obligación pero nunca más allá del doble del importe conocido o estimado de la obligación (art. 2.431). Por esta razón, el establecimiento de la responsabilidad máxima hipotecaria no es requisito de validez de la hipoteca (art. 2.432).

Los derechos fundamentales que concede la hipoteca chilena al acreedor son el de venta de la cosa hipotecada (arts. 2.424 y 2.397 CCc), persecución de la cosa hipotecada “*sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido*” (art. 2.428 CCc) y el de preferencia sobre el producto de la subasta, justiprecio o indemnización de seguro en caso de remate, expropiación o siniestro (arts. 2.422, 2.470 y 2.477 CCc). A diferencia del Derecho español, en el chileno el acreedor hipotecario de rango preferente puede optar, en caso de ejecución de la hipoteca posterior, por exigir el pago de sus créditos sobre el precio de remate –con preferencia, obviamente, respecto al acreedor ejecutante– o conservar su hipoteca sobre la finca subastada si sus créditos no estuvieran devengados.

La llamada “*hipoteca general*” o “*cláusula de garantía general hipotecaria*” se ha definido por la doctrina civilista chilena como “*aquella por la cual una hipoteca se constituye para caucionar cualesquiera obligaciones que una persona tenga al presente o pudiere tener en lo futuro por cualquier causa para con otra. Semejante cláusula se usa muy frecuentemente en las operaciones de crédito con bancos y otras instituciones financieras. Es habitual que la hipoteca se convenga en garantía de una o más obligaciones determinadas y, además, en la forma general ya expuesta; hay entonces dos pactos distintos: el de una hipoteca por obligación u obligaciones determinadas, y el de una hipoteca general o indeterminada; y por cierto que nada añade a esta última el hecho de ir acompañada de la primera*”.

Se combinan así, mediante la “cláusula de garantía general hipotecaria”, una hipoteca ordinaria en garantía de una obligación presente¹⁵⁷ con una hipoteca en garantía de una o más obligaciones futuras con el mismo acreedor, sin determinaciones

¹⁵⁷ Lo que, entre nuestros tratadistas, se ha denominado “*crédito de arranque de la flotabilidad*” (vid. CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 2).

objetivas (por el tipo de obligación o negocio de la que traerán causa), cuantitativas (por el importe o por el número de las obligaciones diferentes que quedarán cubiertas), temporales (por el plazo en el que han de nacer a la vida jurídica, devengarse o devenir exigibles) o de otra naturaleza más que la precisión puramente subjetiva de la identidad de deudor y del acreedor (como “*obligaciones meramente eventuales*”¹⁵⁸). Así, la cláusula general hipotecaria chilena no exige otra concreción de la cláusula de globalización que la identificación de las partes de las obligaciones cubiertas, deudor y acreedor, a diferencia de la normativa española (que nos exige la determinación de los “*actos jurídicos básicos*”). Pero, al tiempo que la norma chilena es más parca respecto de la precisión (o, por mejor decir, la innecesariedad de precisión) de la cláusula de globalización, queda confinada a una relación bilateral deudor-acreedor, sin que quepa – de natural – la posibilidad de interferencia o intromisión de terceros acreedores – diferentes del acreedor del crédito de ese primer crédito presente garantizado – como beneficiarios de la cláusula general y, por ende, de la hipoteca. Al contrario que la norma española, la chilena no reserva la cláusula general hipotecaria sólo a favor de los acreedores bancarios o administraciones públicas.

Aunque la validez y la eficacia de esta cláusula ha sido discutida, la posición favorable tiene mayor acogimiento en la doctrina¹⁵⁹. Los argumentos en contra de la validez de esta cláusula nos recuerdan a los esgrimidos en nuestro país por la DGRN en

¹⁵⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: “El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía” en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto, JURICIC CERDA, Daniel, SALAH ABUSLEME, María Agnes y MANTILLA ESPINOSA, Mauricio (dirs.): *Estudios sobre Garantías Reales y Personales. Libro Homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2009 (1.ª ed.), tomo I, p. 43.

¹⁵⁹ Dada la permanencia de las normas legales que reglamentan la hipoteca, los textos jurídicos que, con el carácter de tratados o manuales generales, o bien, trabajos monográficos, dedicados al estudio de la hipoteca, son obras clásicas de la literatura jurídica chilena, la mayoría de ellas publicadas durante la primera mitad del siglo XX. Entre los partidarios de la validez de la cláusula general hipotecaria, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Nascimento, 1943 (1.ª ed.), pp. 315-319 y 393; LANGLOIS DÉLANO, Pablo: *La cláusula de garantía general hipotecaria*, Santiago de Chile (Chile), 1933; RIESCO ERRAZURIZ, Germán: “Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema de 11 de noviembre de 1929”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pp. 630 y ss. o DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: “El principio de lo accesorio...”, *op. cit.*, pp. 42-43; MOHOR ALBORNOZ, Elías: “Efectos económicos de la inscripción de las Garantías Reales” [en línea], Ponencia presentada en el XV Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Fortaleza (Brasil), noviembre de 2005 < <http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Mohor.pdf> > [consulta: 28 de enero de 2013, 6 pp.] o MILES CASTRO, Sergio S.: *La cláusula de garantía general hipotecaria*, Inédito, 2013, 143 pp. (disponible en <<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/107093>>), pp. 8 y 39 y ss. La rechazan ALESSANDRI (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando: *La hipoteca en la legislación chilena*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Nascimento, 1919, pp. 138 y ss.) y UGARTE GODOY, José Joaquín: “La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 88, primera parte, pp. 81 y ss.

la etapa inmediata anterior a la Ley 41/2007:

- (a) Se ha tachado esta cláusula de nulidad por indeterminación del objeto en violación de la regla del art. 1.461.2º CCc¹⁶⁰, objeción desafortunada porque confunde el objeto de la obligación principal con el objeto del accesorio (la hipoteca): el inmueble gravado¹⁶¹;
- (b) Se apela, en su contra, al art. 2.432 CCc que prescribe que la inscripción hipotecaria ha de contener la fecha y naturaleza del contrato al que acceda (requisito al que no podría darse cumplimiento, ante una cláusula general hipotecaria, sino hasta que surgieran los créditos futuros llamados a quedar cubiertos). Pero es una objeción también flaca, puesto que el art. 2.413 CCc admite fuera de toda duda que la hipoteca se otorgue “*antes o después de los contratos a que accede*” y el art. 2.427 CCc permite que la obligación garantizada sea “*ilíquida, condicional o indeterminada*”¹⁶², por lo que a la exigencia del 2.432 CCc se dará cumplimiento cuando la obligación garantizada exista al tiempo del otorgamiento e inscripción de la hipoteca, pero no en otro caso¹⁶³.
- (c) Se ha dicho que la norma chilena reconoce de forma expresa la validez de la “*cláusula general prendaria*” u prenda ómnibus a favor de los acreedores bancarios (Ley 4,287 sobre prenda de valores mobiliarios y art. 3 N° 2 de la Ley N.º 18.112 sobre prenda sin desplazamiento en la redacción dada por la Ley N.º 20.190), faltando semejando previsión respecto de la hipoteca. Pero en contra, se ha argumentado que la generalidad –y generosidad– de los art. 2.413 y 2.431 CCc hacen innecesaria cualquier afirmación legal expresa de reconocimiento de la validez de la cláusula general hipotecaria¹⁶⁴ y que carecería de sentido no admitir

¹⁶⁰ “La cantidad [de la obligación garantizada] puede ser incierta con tal de que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”.

¹⁶¹ Argumento desarrollado con mayor detalle en RIESCO ERRAZURIZ, Germán: “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 638 y ss.

¹⁶² Indeterminación que puede ser tanto en cuanto al monto de la obligación, como cuanto a su naturaleza; siendo posible la inscripción de la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional, obviamente sujeta en definitiva al cumplimiento de la condición o el nacimiento de la obligación, si bien con eficacia retroactiva a la fecha anterior de inscripción de la hipoteca (en cuanto a rango, prelación, preferencia, oponibilidad, etc.) (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 314 y 316).

¹⁶³ LANGLOIS DÉLANO, Pablo: *La cláusula de garantía...*, *op. cit.*, p. 54, citando fallo de la Corte Suprema publicada en Gaceta Jurídica, 1888, set. 3063, p. 1058, C° 8.º.

¹⁶⁴ RIESCO ERRAZURIZ, Germán: “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 630 y ss.: “¿Por qué el legislador, cuando cuidaba de desarrollar el crédito bancario, no dictó para la hipoteca un precepto que permitiera constituir la, como la prenda, en garantía de obligaciones futuras e indeterminadas? Sencillamente porque ya existían los artículos 2.413 y 2.431 del Código Civil”.

respecto de la hipoteca lo que se admite respecto de la prenda en ausencia de una prohibición legal expresa.

- (d) Y por último, se ha señalado que al Código civil chileno le repugnan los contratos universales, aquellos que tienen por objeto un conjunto de cosas no determinadas, precisamente porque la falta de identificación del objeto, o su determinación insuficiente, trae consigo la falta de conocimiento (art. 1.811, prohibiendo la venta universal; 2.056, prohibiendo la sociedad universal o 1.405 prohibiendo la dación universal)¹⁶⁵. La tesis se rebate aquí invocando que el universo de las obligaciones de una persona parece mucho más extenso que el conjunto de deudas que una persona puede tener frente a otra, generalmente por razón de las actividades crediticias o bancarias de esta última, así como que la determinación es absoluta en cuanto al objeto del contrato hipotecario, que es la finca hipotecada.

Entre los tribunales, la Corte Suprema¹⁶⁶ y la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁶⁷ han admitido con generosidad la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria, en tanto que la Corte de Apelaciones de Talca¹⁶⁸ y con más persistencia la de Concepción¹⁶⁹ la rechazaron.

Para la Corte Suprema, se cumple la exigencia de determinación del objeto del art. 1.461 en la hipoteca con cláusula general hipotecaria cuando se expresa que “las

¹⁶⁵ UGARTE GODOY, José Joaquín: “La nulidad de...”, *op. cit.*, N.º 51.

¹⁶⁶ Así, la sentencia de la Corte Suprema de 31 de julio de 1860 (Gaceta de los Tribunales de 1860, sentencia N.º 1440, p. 346) sobre la validez de una hipoteca constituida para asegurar la entrega de mil fanegas de nueces a tres pesos con cincuenta cada fanega además de todos los créditos que el deudor contrajera en el futuro y se determinasen por recibos o pagarés, para con la casa comercial González Raymundis y Cía. (sin identificación alguna del máximo de las obligaciones). Esta sentencia asienta el principio de que la legislación española –antecedente normativo en Chile– no había prohibido las hipotecas convencionales e indeterminadas, sino que sólo exigió la publicidad e inscripción (*ex* Libro X, título 16, Ley 1.ª y 2.ª de la Novísima Recopilación), rechazando el argumento acogido por el Tribunal de Apelación de Santiago de que la ley chilena prohibiera la indeterminación en cuanto a la naturaleza o el monto de la obligación que resulta, de natural, de esta cláusula. En igual sentido, las sentencias de la Corte Suprema de 11 de noviembre de 1929 (Gaceta de los Tribunales de 1929, tomo 2.º, sentencia N.º 32, p. 170), de 30 de octubre de 1934 (Gaceta de los Tribunales de 1934, segundo semestre, sentencia N.º 30, p. 137) y de 14 de enero de 1939 (Gaceta de los Tribunales de 1939, primer semestre, sentencia N.º 10, p. 98).

¹⁶⁷ Sentencias de 26 de diciembre de 1866 (Gaceta de los Tribunales de 1866, sentencia N.º 43, p. 24), de 20 de diciembre de 1888 (Gaceta de los Tribunales de 1888, tomo 2.º, sentencia N.º 3063, p. 1058) y de 7 junio de 1937 (Gaceta de los Tribunales de 1937, primer semestre, sentencia N.º 85, p. 343).

¹⁶⁸ Sentencias de 12 de septiembre de 1900 (Gaceta de los Tribunales de 1900, tomo 2.º, sentencia N.º 2.048, p. 139) y de 23 de abril de 1936 (Gaceta de los Tribunales de 1936, sentencia N.º 110, p. 476). La ha admitido en sentencia de 8 de mayo de 1906 (Gaceta de los Tribunales de 1906, sentencia N.º 224, p. 369).

¹⁶⁹ Sentencias de 20 de octubre de 1925 (Gaceta de los Tribunales de 1925, tomo 2.º, sentencia N.º 120, p. 610) y de 16 de octubre de 1929 (Gaceta de los Tribunales de 1929, tomo 1.º, sentencia N.º 82, p. 374).

*obligaciones caucionadas son todas las que tenga el deudor a favor del banco, ya que ella –la determinación genérica– se refiere a cualesquiera obligaciones genéricamente consideradas”*¹⁷⁰.

Naturalmente, la hipoteca se mantiene en todo su esplendor en garantía de los créditos que se concedan al deudor incluso con posterioridad a la transmisión de la cosa hipotecada y no obstante cualquier embargo posterior (por deudas del deudor o del tercer poseedor).

En la opinión doctrinal, el derecho que otorga al deudor el art. 2.431 CCc antes mencionado de pedir que se limite la hipoteca al duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal a esa fecha es también aplicable respecto a la hipoteca con *cláusula general hipotecaria*¹⁷¹. *Prima facie*, esto podría constituir una importante merma de la eficacia de la garantía, especialmente respecto de los créditos futuros llamados a integrarse en la cobertura. Pero la referencia al importe “*presunto*” permitiría desde luego rechazar la reducción de la hipoteca respecto de los créditos ya concertados, pero indeterminados en cuanto a la cuantía e incluso a los aún no concertados pero cuyo nacimiento y exigibilidad no queden dependientes de un acto del acreedor, por ejemplo, créditos derivados de eventos indemnizatorios a favor de terceros (avales prestados por el acreedor por cuenta del deudor, seguros, etc.) o créditos que habrán de surgir en el marco de una relación jurídica ya asentada y más o menos obligatoria (pre-contratos, contratos marco, etc.), pretensión esta que, obviamente, habrá de ventilarse en el seno del procedimiento judicial que interponga el deudor, ante el rechazo por parte del acreedor a la reducción de la hipoteca.

En el Derecho chileno, la ejecución de la hipoteca, cualquiera que sea su rango, determina de ordinario la purga de cualesquiera otras hipotecas existentes sobre la finca, pues el derecho de reipersecutoriedad propio de la hipoteca se aplica respecto de cualquier propietario excepto frente “*el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez*” (art. 2.428) con tal de que los acreedores hipotecarios hayan sido citados personalmente a la subasta. El precio de remate se destinará a satisfacer sus deudas, en el orden de su rango.

¹⁷⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XXXVI sec. Primera, p. 500 citada por MILES CASTRO, Sergio S.: *La cláusula...*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 320.

1. Tipología

Son muchas las sub-especies de hipoteca flotante que tienen cabida en el art. 153 bis LH, aunque la redacción no sea excesivamente detallada. Es viable, por ejemplo, una hipoteca flotante a favor de más de un acreedor, ya porque coexistan varios acreedores en la misma (y única) obligación garantizada, ya porque queden cubiertas por la hipoteca varias obligaciones de acreedores diversos. Lo primero, no encontrará objeción alguna: si la hipoteca puede asegurar cualquier tipo de obligaciones, puras o condicionales (*ex art. 1.861 CC*), también las obligaciones con pluralidad de acreedores. También lo segundo, pese a que en la referencia que se encuentra a la parte acreedora en el art. 153 bis LH se utilice el singular (“*Podrá pactarse [...] que la cantidad exigible [...] sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora [...]*”). Y ello porque, al no exigirse la novación de las “*diversas*” obligaciones que pueden quedar cubiertas por la hipoteca flotante (“*sin necesidad de pacto novatorio*”), cabe desde luego que deriven de distintas relaciones jurídicas, con distintos acreedores.

Por el objeto, cabe que la protección hipotecaria se dispense a una obligación presente o futura, a varias obligaciones determinadas presentes o futuras, e incluso a varias obligaciones indeterminadas (generalmente futuras). Podríamos, en base a esto, realizar la siguiente clasificación de las modalidades de hipoteca flotante que pueden quedar amparadas en el art. 153 bis LH:

A. Por el acreedor hipotecario

- (a) De acreedor hipotecario único.
- (b) De acreedor hipotecario plural (sea originariamente o de forma sobrevenida). A su vez, dentro de este escalón, podríamos distinguir:
 - (b.1) De acreedor hipotecario plural, pero en garantía de un único crédito.
La accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito nos determina en este caso la titularidad de los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca.

(b.2.) De acreedor hipotecario plural, en garantía de varios créditos. Dentro de esta, podemos distinguir:

(b.2.1) De acreedor hipotecario plural y en garantía de varios créditos, pero en el que los acreedores ostentan la misma relación de titularidad (parciaria, solidaria o en mano común), en naturaleza y en participación, sobre todos y cada uno de los créditos garantizados. Nuevamente, la accesoriedad de la hipoteca respecto de los créditos garantizados determina la misma co-titularidad en la hipoteca que la que existe sobre todos y cada uno de los créditos.

(b.2.2) De acreedor hipotecario plural y en garantía de varios créditos, pero en el que los acreedores no ostentan la misma relación de titularidad (parciaria, solidaria o en mano común), en naturaleza y/o en participación, sobre todos y cada uno de los créditos, sino que ostentan distintas titularidades o co-titularidades sobre alguno o algunos de los créditos garantizados. El principio de accesoriedad en este caso no nos indica qué titularidad ostentan los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca. Se hace preciso acudir a la convención de las partes.

B. Por el número de obligaciones garantizadas:

- (a) En garantía de obligación única.
- (b) En garantía de más de una obligación.

C. Por el carácter presente o futuro de las obligaciones garantizadas

- (a) En garantía de obligaciones presentes. Se trata de una hipoteca ordinaria o de tráfico, cuya única especialidad reside en que es posible cubrir varias obligaciones con la misma hipoteca.
- (b) En garantía de obligaciones futuras. En este caso, la presencia de obligaciones futuras, aun cuando sean determinadas, hace que la flotante siga el molde de las hipotecas de máximo.

- (c) En garantía de obligaciones presentes y futuras. Igualmente.
- D. Por el carácter abierto o cerrado del abanico de obligaciones garantizadas:
- (a) En garantía de obligación u obligaciones determinadas (sean presentes y/o futuras).
 - (b) En garantía de la obligación u obligaciones que surjan (sucesiva o cumulativamente) entre acreedor y deudor dentro de las del tipo o tipos pactados (indeterminadas, pero determinables). Es la que se ha dado en denominar “flotante global”.
 - (c) En garantía de obligaciones determinadas e indeterminadas.
- E. Por el carácter “indiferenciable” o no de la responsabilidad máxima hipotecaria
- (a) Sin desglose de la responsabilidad máxima hipotecaria entre las varias obligaciones garantizadas. Es la configuración natural de la hipoteca flotante: todas y cada una de las obligaciones garantizadas están cubiertas por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria.
 - (b) Con desglose de la responsabilidad máxima hipotecaria entre las varias obligaciones garantizadas (presentes y/o futuras; determinadas o indeterminadas). Es posible, no obstante su configuración natural, que se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas. En este caso, tanto en la fase estática como en la dinámica, la flotante se comporta como un conjunto de hipotecas del mismo rango (una por cada una de las obligaciones garantizadas). A su vez, dentro de esta categoría podemos distinguir:
 - (b.1.) Con desglose originario. La distribución de la responsabilidad máxima hipotecaria se realiza en el acto constitutivo.
 - (b.2.) Con desglose sucesivo o derivativo. La distribución de la responsabilidad máxima hipotecaria se realiza en un momento posterior. Dentro de este caso, caben tres posibilidades:
 - (b.2.1) Por acuerdo entre el hipotecante y el acreedor (o acreedores hipotecarios).
 - (b.2.2) Por determinación del propietario. Se requeriría, para ello,

que en el título constitutivo se hubiera otorgado expresamente al propietario (sea o no deudor) la facultad de realizar la determinación y, en su caso, los límites a los que se debería constreñir el ejercicio. Puesto que este derecho puede perjudicar al acreedor hipotecario existente, dado que limita el inicial poder de agresión sobre la cosa para el caso de ejecución a aquella porción de la responsabilidad máxima hipotecaria determinada sobrevenidamente por el propietario, al tiempo que le deja sujeto a la limitación impuesta por el art. 227 RH, se hace preciso tanto que esta facultad haya sido conferida de forma explícita al propietario en el título, como que se hayan fijado los límites de su utilización. Por ejemplo, que no pueda el propietario asignar una porción de la responsabilidad hipotecaria al acreedor hipotecario existente menor que el principal del crédito cubierto (dispuesto más disponible) o que sólo lo pueda hacer en el contexto de la generación de nuevo crédito y cuando se respete una determinada proporción de riesgo-cobertura o *loan-to-value* para la obligación hipotecaria existente¹⁷².

172

El siguiente ejemplo se ha tomado de una escritura de hipoteca otorgada en julio de 2012 con ocasión de la refinanciación de deuda de una sociedad cotizada española: “*Quedarán cubiertas por la Hipoteca Flotante aquí constituida, además de las Obligaciones Garantizadas Presentes previamente definidas, los débitos nacidos de la liquidación de instrumentos financieros otorgados desde esta fecha y hasta el 10 de mayo de 2019 por cualquiera de los Acreedores Hipotecarios al Deudor Hipotecante que cumplan las siguientes características:*

- a) *Sustituyan o reemplacen, total o parcialmente, a cualquiera de las Obligaciones Garantizadas Presentes a las que se refieren los Expositivos II a V anteriores, y no supongan, en caso de sustitución parcial y en conjunto con la Obligación Garantizada Presente que sustituyan o reemplacen, una ampliación del nominal, límite de crédito o, en general, riesgo del Acreedor Hipotecario correspondiente en relación con los instrumentos financieros de esa misma tipología concedidos al Deudor Hipotecante de más del 110% del existente a esta fecha;*
- b) *No contengan plazos o condiciones de amortización más cortos o más exigentes para el deudor que los aplicables en el momento de la sustitución o reemplazo respecto de la tipología de instrumento financiero sustituido o reemplazado conforme a lo pactado en el Contrato Marco de Refinanciación.*

El Deudor Hipotecante queda facultado en este acto, sin necesidad de contar con el consentimiento de los Acreedores Hipotecarios y en tanto en cuanto se mantenga la Hipoteca Flotante, para especificar la porción o porciones de la responsabilidad máxima hipotecaria de la Hipoteca Flotante que corresponde a cada una de las Obligaciones Garantizadas Presentes y a cada una de las Obligaciones Garantizadas Futuras que, al tiempo de esa especificación, hayan

El otorgamiento de un poder omnímodo al propietario para esa determinación (un poder no sujeto a límite o limitación alguna) podría vaciar de todo contenido el derecho de hipoteca del acreedor existente y, como tal, no sería conforme a Derecho por violar la regla del art. 1.256 CC, privar de causa al derecho de hipoteca del acreedor existente (*ex* art. 1.261. 3.º CC), y, en última instancia, contravenir las exigencias estructurales del derecho de hipoteca (arts. 1.857, 1.858, 1.876 CC, etc.).

- (b.2.3) Por determinación del acreedor o acreedores hipotecario(s). A su vez, en este caso cabrían dos alternativas: que la determinación del acreedor con el desglose se efectúe en aplicación de una facultad o apoderamiento expresamente conferido al acreedor por el hipotecante en el acto constitutivo de la hipoteca o que se haga sin tal apoderamiento.

Y en los tres casos, nuevamente, podría a su vez distinguirse si se hace con la aquiescencia o el consentimiento de los titulares registrales posteriores o no (con especial destaque del tercer poseedor); y lo mismo respecto del deudor (en hipoteca constituida por hipotecante no deudor).

Como se verá en las siguientes páginas, es mi opinión que el desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas puede efectuarla el acreedor (o acreedores hipotecarios) en cualquier momento incluso aunque tal facultad no haya quedado expresamente establecida a favor del acreedor en la escritura de constitución de la

surgido y quedado cubiertas por esta Hipoteca Flotante, con tal de que se respeten las siguientes reglas:

- a) *que, a consecuencia de dicha especificación, todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas Presentes y las Obligaciones Garantizadas Futuras surgidas y cubiertas por la Hipoteca Flotante al tiempo de la especificación, queden cubiertas por la Hipoteca Flotante en la misma proporción relativa (esto es, si la responsabilidad máxima hipotecaria asignada a una Obligación Garantizada fuera del 95% de su principal, la responsabilidad máxima hipotecaria asignada a cualesquiera otra Obligación Garantizada sea del 95% de sus respectivos principales); y,*
- b) *que, a consecuencia de dicha especificación, la totalidad de la responsabilidad máxima hipotecaria se reparta entre las Obligaciones Garantizadas entonces existentes”.*

hipoteca, y tanto si hay titulares registrales posteriores (en particular, un tercer poseedor) como si no, sin necesidad de contar con el consentimiento o aquiescencia del deudor (para el caso de que no sea el hipotecante). Obviamente, con la excepción de que se haya prohibido al acreedor expresamente en la escritura de hipoteca efectuar tal desglose, o se haya sujetado la determinación a plazo o condición (en cuyo caso, sólo desde que se cumpla uno u otro) o a cualquier otra limitación. A diferencia del caso en el que la determinación de la responsabilidad hipotecaria la realiza el propietario, cuando es el acreedor quien la realiza, no es preciso –con carácter general– que exista una delimitación en el título de las reglas a las que ha de someterse a beneficio del deudor (ni, aún menos, del propietario no acreedor). Y ello porque la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante debe entenderse configurada –a salvo de cualquier otra indicación en el título– a beneficio del acreedor. Cualquier concreción o reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas (presentes o futuras) perjudica sólo al acreedor hipotecario, puesto que limita el poder de agresión sobre la cosa en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas (de tener a su disposición la totalidad de la responsabilidad hipotecaria en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, pasa a tener solamente aquella porción de la responsabilidad hipotecaria asignada a la obligación garantizada en cuestión).

Es cierto que el “*troceamiento*” de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas presentes efectuado por el acreedor puede desincentivar la concesión de crédito futuro por ese acreedor (por ejemplo, porque deje poca o ninguna responsabilidad hipotecaria libre para esas obligaciones futuras) y ello perjudicaría al deudor que puede haber constituido una hipoteca global precisamente en la esperanza de que actúe como dinamo de la generación de crédito futuro. Pero eso no violentaría las exigencias estructurales de la hipoteca global, porque a ella no subyace obligación alguna de

concesión de crédito futuro¹⁷³. Si después de haber troceado la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas entonces presentes sin haber dejado “hueco” de responsabilidad hipotecaria para el crédito futuro, el acreedor está interesado en la concesión de ese crédito futuro y para ello exige que éste goce de cobertura hipotecaria suficiente, podrán acreedor y deudor perfectamente acordar modificar el reparto anterior (respetando, eso sí, los derechos de los titulares de derechos anotados o inscritos *medio tempore* –desde la especificación anterior– o incluso de aquellos anotados o inscritos antes del reparto anterior a los que se les haya impuesto).

Efectuado el desglose por determinación unilateral del acreedor, voy a defender en las siguientes páginas que el acreedor podría alterar la distribución, mediante una nueva determinación unilateral pero con respeto a las exigencias del derecho de avance de puesto o rango de los titulares registrales intermedios (entre el primer desglose y la modificación pretendida) y consentimiento del propietario.

Al margen de lo anterior, en caso de que existan varios acreedores hipotecarios, se requerirá el consentimiento de todos ellos para el reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas, salvo que en el título constitutivo se haya atribuido a uno

173

Para el caso de que la aspiración del deudor al tiempo de constituir la hipoteca flotante en la obtención de crédito futuro haya trascendido el ámbito de sus motivaciones puramente subjetivas o internas, externalizándose en la causa de la operación con transcendencia respecto del acreedor hipotecario como “*motivo causalizado*” (vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, tomo I, Madrid: Ed. Edisofer, 2009 (18.ª ed.), pp. 619-649; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (*Derecho de Obligaciones*), Madrid: Dykinson, 2003 (3.ª ed.), epígrafe 58 y subepígrafe 274 (Eficacia jurídica de los motivos), se habrá impuesto a éste alguna limitación para el reparto o desglose de responsabilidad que, en tal caso, sería plenamente exigible. La jurisprudencia sobre la efectividad del “*motivo causalizado*” es reiterada desde las fundamentales SSTs de 14 de febrero de 1935 (RJ 1935/462) y de 2 de abril de 1941 (RJ 493/1941) (“*móvil impulsivo y determinante*” que adopta la figura de causa cuando conste con seguridad la voluntad de las partes, por haber sido incorporado a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc.), y tras ellas, entre otras muchas, las SSTs de 11 de julio de 1984 (RJ 1984/3939), 8 de abril de 1992 (RJ 1992/3023) o 30 de mayo de 1995 (RJ 1995/4202) (“*Que los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener repercusión jurídica siempre que sean reconocidos por ambos contratantes que los eleven a condición determinante del pacto concertado por lo que tal obligación de construcción de un hotel no puede calificarse de obligación autónoma ni obligación accesoria sino de condición determinante de la enajenación realizada, por lo que al no cumplirse los motivos elevados a causa en el contrato de compraventa, procede la resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil*”).

o varios de ellos, pero no a todos, esta facultad (nuevamente en este caso con determinación de las reglas a las que debe someterse el acreedor o acreedores facultados para no vaciar de contenido el derecho de hipoteca de los demás acreedores hipotecarios).

Finalmente, cuando la hipoteca se haya establecido en garantía de obligaciones futuras de un determinado acreedor, se requeriría igualmente su consentimiento para el troceamiento de la responsabilidad hipotecaria (incluso si, en ese tiempo, aún no ha surgido la obligación futura llamada a quedar cubierta por la hipoteca).

ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE**1. Elementos de la Hipoteca Flotante****1.1 La obligación garantizada****1.1.1 Matización de los principios hipotecarios de especialidad y accesoriedad**

Se ha dicho que esta hipoteca choca con los principios registrales de especialidad y accesoriedad¹⁷⁴. Es posible que pueda chocar con una interpretación, creo que ya superada, de los principios de especialidad y accesoriedad como especificación absoluta e invariable del crédito garantizado, de un único crédito garantizado, como elemento constitucional de la hipoteca.

La accesoriedad se ha definido como la ínsita vinculación del derecho de hipoteca a la obligación a la que sirve, de forma tal que la hipoteca está atada desde que nace al crédito que garantiza y sigue sus vicisitudes, extinguiéndose con él, sin que se admita (se dice) una hipoteca independiente del crédito en nuestro Derecho. Ha sido el principio de accesoriedad el baluarte desde el que se ha rechazado sistemáticamente la posibilidad de admitir en nuestro Derecho una “hipoteca de propietario” entendida como aquella que surge sin crédito que asegurar, que será libremente determinado por el propietario de la finca gravada.

El principio de especialidad o determinación por su parte se liga a la eficacia constitutiva que la inscripción tiene para la hipoteca, y que exige la perfecta determinación del contenido del derecho que el registro da a conocer (la finca sobre la que recae, la obligación que garantiza y la responsabilidad por la que responde la finca). Según doctrina de la DGRN, este principio demanda “*la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse [...] lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que como regla general se expresen, circunstanciadamente, las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, interés, plazo de vencimiento, etcétera)*”¹⁷⁵. El principio,

¹⁷⁴ DELGADO RAMOS, Joaquín: “Cómo hundirse con una hipoteca...”, *op. cit.*: “*Pero en una de las nuevas “hipotecas flotantes” se garantizan muchas obligaciones distintas, presentes y/o futuras y sin necesidad de determinarlas y/o precisarlas en sus elementos esenciales*”. CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, Javier: *Las cláusulas de la hipoteca*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 44 y ss.

¹⁷⁵ Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

sin embargo, ha sido objeto de flexibilización paulatina en la doctrina de la DGRN¹⁷⁶. En efecto, la DGRN reconoció abiertamente que ni la accesoriedad ni la especialidad se aplican con el mismo rigor en las hipotecas de seguridad que en las hipotecas ordinarias o de tráfico¹⁷⁷. Pero esa flexibilización no fue suficiente; una parte de la doctrina venía exigiendo más maleabilidad¹⁷⁸. Los condicionamientos exigidos por la DGRN a la hipoteca en garantía de obligación futura (necesidad de que la relación jurídica de la que haya de nacer la obligación garantizada exista al tiempo de la constitución de la hipoteca¹⁷⁹), o a la hipoteca semi-flotante (refundición de todas las obligaciones con

¹⁷⁶ RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6940 y 2005/6941, respectivamente) y SAP Barcelona de 17 de junio de 2008 (JUR 2008/265700).

¹⁷⁷ Se declara así en las RRDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851) y de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239) (que afirma la posibilidad de que la determinación inicial de la obligación asegurada en una hipoteca de máximo sea meramente indicia), pero que acaban rechazando la inscripción en el caso concreto. Ídem GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales...”, *op. cit.*, pp. 220 y ss.: en la hipoteca de seguridad, el principio de especialidad se aplica de forma más atenuada, pero en cualquier caso exige expresar los datos esenciales que permitan individualizar la obligación garantizada en el futuro indicando la fuente o la causa y las demás circunstancias como los sujetos, la duración, etc., porque ello interesa a las partes, a los terceros y singularmente a los acreedores del deudor o hipotecante.

¹⁷⁸ De forma general, tratadistas de la talla de DE LA RICA (DE LA RICA ARENAL, Ramón: “La obligación personal...” *op. cit.*, p. 297) o SANZ (SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid: Ed. Reus, 1945). Con carácter específico, REY PORTOLÉS apela a la generosidad de la dicción literal del art. 232 RH (“en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito y análogas”) y del art. 245 RH (“en garantía de operaciones cambiarias y crediticias”) para defender una mayor flexibilidad en la definición de las obligaciones garantizadas (REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula...”, *op. cit.*, p. 116).

¹⁷⁹ RDGRN de 28 de abril de 1999 (RJ 1999/2223): “[...] este centro directivo ha considerado reiteradamente que en materia de hipotecas el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. No se precisa, ciertamente, que la obligación por asegurar tenga ya existencia jurídica ni que ésta sea definitiva; puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria”. En el mismo sentido, la RDGRN de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2563) (“[...] la admisión legal de la hipoteca en garantía de una deuda futura -pues la deuda no es condicional, como se pretende en la escritura, sino futura ya que no hay acreedor- presupone que la relación entre el deudor y el posible acreedor deba ser identificada y tenga por sí consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación puede desembocar. Aunque esta exigencia deba interpretarse con gran flexibilidad no debe llegarse hasta el punto de admitir la constitución de hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor (fiador, o no, del deudor), el cual habría de ser determinado por un tercero (depositario de las letras de cambios incompletas) según reglas que se escaparían al control del Registro. Por este camino se llegaría a la admisión de la hipoteca en garantía de cualquier deuda futura, lo que equivaldría a una muy literal admisión de la hipoteca de propietario, figura que, en principio, no acepta el Ordenamiento español”, F.D. 3.º) y las de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851), 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), 3 de octubre de 1991 (RJ 1991/7491), 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239), 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186), 10 de julio de 2001 (RJ 2001/5910) y 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275). La DGRN ha mantenido esta interpretación incluso después de la aprobación de la Ley 41/2007, para cualquier hipoteca que no tenga acomodo en el art. 153 bis LH: véanse las RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de

alcance novatorio –y consecuente pérdida de su exigibilidad separada y las garantías específicas, refundición obligatoria sin que exista margen para la discrecionalidad del acreedor, etc.–) han exigido un pronunciamiento expreso del legislador.

Este movimiento legislativo no es por otro lado extraño en la tendencia casi secular de penetración en el principio de la accesoriedad de la hipoteca (la “*crisis del dogma de la accesoriedad de la hipoteca*” a que se refería DE LA RICA¹⁸⁰). Aunque este principio, ya presente en el Derecho romano, pasó a nuestra primera ley hipotecaria a través de las Partidas, se ha visto regularmente sujeto desde antaño a una presión dilutiva (como ejemplos, la introducción en 1944 de la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH; de la hipoteca en garantía de rentas periódicas del 156 LH o de la subrogación del art. 118 LH).

La consideración de la hipoteca como un derecho real de garantía es, de entre las distintas tesis doctrinales, la que concita mayor aceptación entre la doctrina, quizá por explicar el mayor número de atributos o rasgos de ese derecho, quizá por incidir en la nota fundamental de la hipoteca, que es la afección de la cosa y el otorgamiento de preferencia sobre el valor de realización en supuestos de concurrencia. En ocasiones, se ha visto la hipoteca como una *responsabilidad sin crédito personal* (CROME); otros, han señalado que el crédito personal es subsidiario del real (LALAGUNA). La visión contractualista, de hipoteca como contrato (en oposición a la hipoteca como derecho real) encuentra buen apoyo en la propia sistemática del Código Civil, pero se muestra insuficiente para explicar su repercusión *erga omnes* (que contraviene la regla de limitación de la eficacia de los contratos a las partes y causahabientes del art. 1.257

14 de febrero, respectivamente) o 2 de marzo de 2013 (BOE n.º 72 de 25 de marzo pp. 23858-23867 (“*Frente a esta regulación y doctrina, que permanece plenamente vigente como reconoce el preámbulo de la Ley 41/2007, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria consagra una señaladísima excepción en beneficio de acreedores cualificados y sometidos a una rígida disciplina bien por el carácter regulado del mercado en el que operan bien por formar parte de la administración pública*”) y anteriormente, en RRDGRN de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008/2086), 14 de enero de 2008 (RJ 2008/2091), 28 de febrero de 2008 (RJ 2008/2792), 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/8279) y 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/7715). Entre la doctrina, son más los autores que defienden la tesis de que la Ley 41/2007 ha venido precisamente a contrariar o desbaratar la doctrina de la DGRN sobre la hipoteca en garantía de obligación futura (CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, pp. 812 y ss.; TENA ARREGUI, Rodrigo: “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, p. 31), aunque hay algunos que precisamente consideran que la inclusión del art. 153 bis LH pone en valor o acoge dicha doctrina sobre la relación jurídica preexistente –obviamente cuando el 153 bis LH no aplica– (SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante...”, op. cit., p. 1.272).

CC). La tesis procesalista tiende a ver en la hipoteca no un derecho real sobre la cosa, sino una ejecución anticipada (o la preconstitución de un embargo) encaminada a la realización del valor de la cosa y su aplicación al pago del crédito garantizado (CARNELUTI)¹⁸¹. Cualquiera de estas teorías alternativas, sin embargo, permiten subrayar la crisis de una concepción personalista del crédito, y la apuesta por una visión más realista y especial del crédito: la tradicional visión del crédito como afección de un patrimonio se sustituye por el crédito como afección de cosa concreta. Desde esta constatación, el dogma de la accesoriedad de la hipoteca es el último recurso para intentar sostener una estructura personalista del crédito que se desmorona¹⁸². Ante esa realidad, es el rango hipotecario, como expresión de la afección singular y de la preferencia de la hipoteca que resulta de la inscripción y de la publicidad registral

¹⁸¹ En el mismo sentido, MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 285 y JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis: “La acumulación en la ejecución sobre los bienes hipotecados”, *RCDI* n.º 726, julio-agosto 2011, pp. 1.966, 1.973-1.974. Igualmente se enfatiza en el AAP Madrid de 28 de abril de 1998, Secc. 21.ª (Sr. Belo González) (AC 1998/5092): “*Estas comunes características [entre el embargo ejecutivo y la hipoteca] han llevado a un sector de nuestra doctrina a calificar la hipoteca de “embargo convencional anticipado”. Y sin que con ellas quiera negarse la patente concurrencia de peculiaridades características de cada una de estas figuras no compartidas por la otra (así el embargo ejecutivo es un acto que forma parte de un proceso de ejecución en mientras que la hipoteca surge extraprocesalmente al margen del proceso de ejecución. El embargo ejecutivo se practica por un órgano jurisdiccional, mientras que la hipoteca se constituye por un acuerdo celebrado entre particulares. El embargo ejecutivo tiene lugar una vez que ya ha sido despachada una ejecución mientras que la hipoteca preordena una ejecución futura y eventual). Pero las reseñadas peculiaridades no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada, por la que se indica, como dato fundamental, el que la ley prescinde, sin más del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae solo sobre el bien (así en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se acude directamente a la vía de apremio mediante la reclamación al Registrador de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes –regla 4ª sin previo embargo*”. La DGRN ha mantenido en ocasiones una tesis contradictoria exigiendo, en todo caso, el embargo del bien hipotecado “*que pese a la preexistencia de la garantía, es necesario practicar conforme previene el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...*” (RDGRN de 10 de diciembre de 1997, RJ 1997/8821). Algunas sentencias de audiencias provinciales se han hecho eco de esta tesis exigiendo para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de los acreedores intermedios (entre la hipoteca y la anotación de embargo que se ejecuta) que sería la consecuencia obvia del principio de purga de las cargas posteriores, que desde el principio del procedimiento ejecutivo se advierta que se está haciendo valer la garantía hipotecaria preferente: “[...] *para que los terceros que en principio no se deberían ver afectados por el embargo y su posterior ejecución –esto es, los anotantes intermedios entre la inscripción de la hipoteca y la anotación del embargo que se ejecuta- vean cancelada su anotación tras la venta o adjudicación del inmueble, es preciso que desde el principio del procedimiento ejecutivo se advierta que se está haciendo valer la garantía hipotecaria preferente, es decir, el ejercicio simultáneo de ambas acciones real y personal, a fin de que esos acreedores anotantes puedan ser convenientemente instruidos de sus derechos y conozcan la verdadera preferencia del crédito del actor sobre el bien a ejecutar y, consiguientemente, las responsabilidades que seguirán pesando sobre el inmueble [...]*” (SAP Cantabria n.º 25/2002 de 21 enero de 2002, Secc. 1.ª, Sr. de la Hoz de la Escalera, AC 2002/192).

¹⁸² ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derechos Reales*, op. cit., pp. 140-144.

(elemento formal), el concepto que adquiere relevancia y significación frente al principio de accesoriedad¹⁸³. La autonomía del rango hipotecario frente al crédito se muestra en muchas ocasiones: (a) en la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional (art. 142 LH); (b) en la hipoteca unilateral (art. 141 LH); (c) en la posposición del rango (art. 241 RH), (d) en la hipoteca en garantía de letras de cambio no aceptadas; (d) en la validez y eficacia hipotecaria de la subhipoteca y la cesión del crédito hipotecario, en tanto no se haya cancelado la hipoteca, incluso aunque el crédito se haya extinguido o (e) en la hipoteca constituida sin poder o con extralimitación de poder (arts. 34, 107.4 y 144 LH) (f) en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

La flexibilización, que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 justifica en la necesidad de “*admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados*”, ocasiona tanto un debilitamiento del principio de accesoriedad, como del de determinación. Evidencias de lo primero son, por ejemplo, la ausencia de una obligación de novar extintivamente las varias obligaciones garantizadas como requisito para que queden cubiertas por la garantía, o la posibilidad de que los varios acreedores hipotecarios ostenten sobre la hipoteca una cotitularidad diferente de la que, en su caso, puedan ostentar sobre los créditos garantizados (a la que me refiero más despacio en el Capítulo VIII). La manifestación más obvia de lo segundo es la posibilidad, respecto de las obligaciones futuras, que queden identificadas apenas por la referencia al acto jurídico básico del que puedan derivar¹⁸⁴.

Incluso antes de la promulgación de la Ley 41/2007, algunas voces se habían alzado en contra de la aplicación estricta de los principios de accesoriedad y especialidad a las hipotecas de seguridad, en las que se mezclan obligaciones sin unicidad causal, sin renuncia a la exigibilidad aislada y sin que exista voluntad contractual alguna para la novación extintiva de las obligaciones aseguradas¹⁸⁵.

La postura restrictiva de la DGRN en torno a la hipoteca flotante anterior a la Ley 41/2007, cuya clave de bóveda fue la inaceptable quiebra de los principios de

¹⁸³ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de Regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Fundación Registral, 2008, p. 30.

¹⁸⁴ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores en el derecho real de hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, *BCRE* n.º 173, p. 2.760.

¹⁸⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 29.

accesoriedad y de determinación que entrañaba, contrasta con una aporosa admisión por parte de ese mismo centro directivo de una amplio espacio para la abstracción en otras tantas figuras hipotecarias, como la hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda¹⁸⁶.

Lo cierto es que la Ley 41/2007 ha agrandado la brecha respecto de una interpretación rígida de los principios de especialidad y de accesoriedad, y no sólo en el ámbito concreto de la hipoteca flotante. La modificación del art. 4 de la Ley 2/1994 para la introducción en nuestro ordenamiento de la hipoteca recargable es otra muestra de ello: se ofrece al deudor (sí, sí, al deudor, no al acreedor) una suerte de reserva de rango permanente que le permite “disponer” de la parte de la hipoteca que se corresponde con la parte amortizada del préstamo hipotecario para cubrir una nueva obligación (aunque tenga que ser del mismo acreedor que al que corresponda el préstamo hipotecario aún pendiente)¹⁸⁷. Y ello es tal porque el legislador así lo ha querido, y lo ha expresado (es verdad que con una redacción mejorable) en una ley que se superpone y supera a cualquier otra ley anterior (incluso nuestra sacrosanta Ley Hipotecaria) y, por supuesto, a cualquier jurisprudencia o doctrina registral anterior¹⁸⁸. Y no en una única disposición normativa, sino en dos: la modificación del art. 4 de la Ley 2/1994, por un lado, y la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2007 (en la que se reserva la “*ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el [...] artículo 4 de la Ley 2/1994 [...] a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor*” de la Ley 41/2007). Es, salvando la distancia, una pequeña aproximación a la “hipoteca del propietario” alemana, pues el propietario va a poder ofrecer la hipoteca existente para la cobertura de un nuevo crédito (en principio, del

¹⁸⁶ Denuncian esta contradicción PARDO NÚÑEZ (PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras (comentario a la Resolución de la DGRN de 11 de enero de 1995)”, *RCDI* n.º 638, enero-febrero 1997, p. 197), CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO (CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 1).

¹⁸⁷ BOTÍA VALVERDE, Antonio: “Hipoteca recargable y novación”, en www.notariosyregistradores.com, mayo 2008, p. 2: la recarga es “una reserva de rango permanente que permite al deudor hipotecario reutilizar la preferencia de rango de una hipoteca preexistente no cancelada registralmente y que tiene como límite la parte del mismo ya satisfecha y hasta el límite inicialmente constituido”.

¹⁸⁸ Aunque algunos autores se resistan a aceptarlo con el argumento de que una innovación tan trascendente debería haberse efectuado en la LH y de una forma más clara (DELGADO RAMOS, JOAQUÍN: “Los principios hipotecarios...”, *op. cit.*, p. 10: no es posible “utilizar cobertura hipotecaria de una parte de la deuda, que ha quedado pagada, para cubrir una nueva ampliación de deuda”). También inicialmente CANALS BRAGE, aunque su posición actual es mucho más matizada y complaciente con la interpretación literal del art. 4 de la Ley 2/1994 (CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, *op. cit.*, pp. 97-99 y Nota 26). ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, Luis: “La novación de préstamos hipotecarios...”, *op. cit.*, pp. 298-299.

mismo acreedor), con el rango de dicha hipoteca, y por tanto anteponiéndose a los derechos de los titulares hipotecarios surgidos *medio tempore*, o sea, después de la constitución de la hipoteca inicial pero antes del surgimiento del nuevo crédito que pasa a beneficiarse de la hipoteca¹⁸⁹. A diferencia de la hipoteca de propietario alemana, el nuevo crédito que venga a quedar cubierto habrá de ser concedido por el mismo acreedor hipotecario (salvo los supuestos de cesión o subrogación por un nuevo acreedor), separándose igualmente nuestra hipoteca recargable de la francesa, en la que la parte de una hipoteca que vaya quedando liberada ante la amortización del crédito que garantizaba puede ser utilizada por el propietario para cubrir un nuevo crédito del mismo o de otro acreedor.

Y sin embargo, la DGRN se ha mantenido, tras la Ley 41/2007, muy próxima a sus postulados tradicionales en torno a la hipoteca flotante en cualquier situación en la que no entiende aplicable el art. 153 bis LH (véanse por ejemplo las RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013¹⁹⁰ relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes”, no cumpliendo los acreedores pignoratícios los requisitos subjetivos del art. 153 bis LH). Una de las resoluciones más llamativas a estos efectos es la de 2 de marzo de 2013¹⁹¹ en la que, apartándose del criterio del registrador que había acertadamente entendido aplicable al caso el art. 153 bis LH y señalado el defecto subsanable de la indicación del plazo de duración de la hipoteca, considera que se trata de una hipoteca del art. 153 LH porque resulta “*con la debida claridad que la finalidad de la hipoteca no es garantizar diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas sino precisamente el saldo que presente la cuenta que se crea al efecto [...]*”, olvidando que el art. 153 bis LH permite la cobertura de una única obligación (“*una o varias*”) y que el pacto de novación es opcional (puede pactarse o no), pues la expresión “*sin necesidad de pacto novatorio*” no puede entenderse equivalente a “*con prohibición de pacto novatorio*”¹⁹². Una vez indebidamente descartada la aplicación del art. 153 bis LH¹⁹³, la DGRN rechaza la

¹⁸⁹ ARNAIZ RAMOS, Rafael: “Análisis del Proyecto de Ley de Regulación del Mercado Hipotecario” [en línea] <<http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2007/03>> [consulta: 20 de noviembre de 2010].

¹⁹⁰ BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero de 2013, respectivamente. Véase el supuesto de hecho en las notas a pie de página en el apartado 7.1.9 del Capítulo IV.

¹⁹¹ BOE n.º 72 de 25 de marzo de 2013, pp. 23858-23867.

¹⁹² GÓMEZ LAPLAZA, Carmen (dir.): *Leyes Hipotecarias*, Pamplona: Ed. Aranzadi, S.A., 2012 (4.ª ed.), p. 890: “*Conviene aclarar que una hipoteca constituida para garantizar varias obligaciones podría constituirse con o sin un pacto novatorio*”

¹⁹³ Incumpliendo así la exhortación incluida en la Exposición de Motivos a los “operadores jurídicos,

inscripción porque se había atribuido al banco el derecho a cargar en la cuenta (con efecto novatorio) la totalidad o una parte tan sólo de las obligaciones (perfectamente identificadas) que pudieran surgir en el ámbito de una línea de comercio exterior:

*“El hecho de que el banco acreedor pueda libremente determinar si las obligaciones susceptibles de ser cargadas en la cuenta lo sean parcialmente provoca que la hipoteca “flote” sin que exista modo de determinar cuál será en definitiva el conjunto de obligaciones que integren la cuenta garantizada”*¹⁹⁴.

De ahí que sea recomendable explicitar en la escritura de constitución de la hipoteca la aplicación del art. 153 bis LH (lo que obliga a cumplir los requisitos allí consignados que se analizan en este trabajo), incluso cuando se trate de garantizar una única obligación o cuando pudiera recurrirse al art. 153 LH, para soslayar de raíz la potencial aplicación de la doctrina tradicional de la DGRN respecto de la hipoteca flotante.

1.1.2 Caracteres generales

El 153 bis LH recoge, en realidad, dos tipos de hipotecas flotantes: la flotante paradigmática, la que justifica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, que es la que se prevé en favor de entidades financieras *“en garantía de una o diversas obligaciones, presentes y/o futuras”* y la flotante en favor de administraciones públicas, introducida ya en *“tiempo de descuento”*¹⁹⁵ (en el trámite de aprobación de la Ley en el Senado y sin que se modificara en consecuencia la Exposición de Motivos que sigue

en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos [...] [a que] entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios”.

194

Parece dar a entender que no se habría rechazado la inscripción si el cargo en la cuenta hubiera sido total y ello pese a que en la escritura se atribuía al banco el derecho a cargar o no cargar en la cuenta cubierta por la hipoteca (*“el Banco acreedor podrá cargar en la cuenta las obligaciones señaladas anteriormente por su importe total o parcial”*), lo cual no es siquiera consistente con la tesis tradicional de la DGRN sobre la hipoteca flotante, que, como se ha indicado, imponía tres requisitos para su admisión, a saber, *“determinación en sus líneas generales de las obligaciones que pueden ser cargadas en la cuenta, el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en la cuenta, sin que se trate de una mera reunión contable y no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en la cuenta”* y que partía de la base de la existencia de una relación vinculante de crédito (que también faltaba en este caso, dado que el banco era libre de autorizar o no las diversas operaciones de pago o descuento de efectos de giro).

195

AZOFRA VEGAS, Fernando: *“Hipotecas flotantes”*, *op. cit.*, p. 1.193. Hizo fortuna en CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: *“Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”*, *RCDI* n.º 723, enero-febrero 2011, p. 315.

refiriéndose exclusivamente a las entidades de crédito) y que parece limitarse a los “*créditos tributarios o de la Seguridad Social*”, y no de otro tipo. A partir del 24 de marzo de 2013, casi se puede hablar de un tercer tipo de hipoteca flotante, que es la constituida a favor de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (en adelante, la “**SAREB**”) merced al nuevo apartado i) introducido en el art. 36.4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en virtud de la Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. En efecto, mediante esta inclusión se permite a la SAREB ser “*beneficiaria de las hipotecas de máximo previstas en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que estuvieran constituidas sobre los activos que se le hubiesen transmitido al amparo de lo previsto en esta Ley, o de las que se constituyan en lo sucesivo*”. La redacción no es muy afortunada, pues la referencia a las hipotecas flotantes constituidas “*sobre los activos*” transmitidos a la SAREB literalmente remite a los activos “inmobiliarios” gravados por ese tipo de hipotecas, que se hayan transmitido a la SAREB y no a las hipotecas flotantes establecidas en garantía de los activos “crediticios” cedidos a la SAREB por las entidades de crédito intervenidas conforme a la Ley 9/2012. La mención a la SAREB como “*beneficiaria*” de esas hipotecas supera la incorrección gramatical.

Aunque la intención de la modificación legal parece ser que la hipoteca flotante a favor de la SAREB participe de las mismas características de la hipoteca flotante bancaria (que analizaré a continuación), lo cierto es que la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley no es excesivamente expresiva, porque justifica todas las modificaciones de la Disposición Final Tercera de dicho Real Decreto-Ley (que no se circunscriben sólo a extender el beneficio de la hipoteca flotante a la SAREB) a la necesidad de que “*la SAREB pueda desarrollar de forma eficaz las funciones que tiene encomendadas*” (apartado IV de la Exposición de Motivos). Dado que la SAREB ha adquirido *ope legis* una constelación de créditos bancarios, concedidos o adquiridos por las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad financiera y bancaria, es razonable pensar que la extensión a la SAREB de la titularidad de hipotecas flotantes que hace el Real Decreto-Ley 6/2013 implica la aplicación a la SAREB de las peculiaridades de la hipoteca flotante bancaria (y no de las peculiaridades de la hipoteca flotante a favor de las administraciones públicas, que sería la otra alternativa posible).

En la hipoteca flotante bancaria está presente toda la potencialidad de esta modalidad hipotecaria:

- A. no existe condicionamiento en cuanto a la naturaleza de las obligaciones garantizadas (“*de cualquier clase*”);
- B. ni en cuanto al número de las que pueden garantizarse (“*diversas*”);
- C. ni en cuanto a su existencia al tiempo de constitución de la garantía, o a la posibilidad de combinarlas (“*presentes y/o futuras*”);
- D. ni respecto de la exigencia de la “*constatación circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas*” (parafraseando alguna doctrina de la DGRN sobre la hipoteca semi-flotante), sin que se imponga, tampoco, la existencia, al tiempo de constitución de la garantía, de las relaciones jurídicas de las que resultarán los créditos garantizados, puesto que se admite la mera “*descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”.

El art. 153 bis LH va incluso más allá de lo que sería el marco más común de la hipoteca flotante para admitir, respecto de la hipoteca flotante bancaria únicamente, que sirva para garantizar una sola obligación (no cabe hablar en este caso de flotabilidad alguna). Son muchos los autores que han defendido que la hipoteca global precisa de un “*crédito de arranque de la flotabilidad*”, un crédito presente al tiempo de la constitución de la hipoteca que deviene desde el inicio cubierto por ésta, sin perjuicio de que se puedan añadir a él en el futuro otros créditos de la naturaleza de los expresados en la hipoteca¹⁹⁶. Quizá el art. 153 bis LH está pensando en ese crédito de arranque de flotabilidad cuando alude a que la hipoteca puede garantizar una única obligación al tiempo de la constitución, pero presuponiendo que la garantía real se extenderá a las demás que se identifiquen. Esto es: el legislador asume que la hipoteca del art. 153 bis LH es, programáticamente al menos, una hipoteca en garantía de varias obligaciones, exigiendo que al menos al tiempo de la constitución haya una. No creo que deba interpretarse así la mención a “*una*” única obligación garantizada. Aunque será poco probable que el deudor constituya la hipoteca flotante para cubrir crédito enteramente

¹⁹⁶ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 2.; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, pp. 217-218, 223, 233; MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, p. 223: “*Pero se entiende que se exige una deuda u obligación inicial para constituir una hipoteca*”.

futuro, sobre todo si no existe compromiso alguno vinculante al respecto del acreedor hipotecario, no existe inconveniente u objeción alguna para inscribir una hipoteca al amparo del art. 153 bis LH antes de que exista crédito alguno, o en garantía de un único crédito (ya presente, ya futuro) o, finalmente, en garantía de varios créditos presentes y/o futuros (y, dentro de estos, simplemente futuros y/o puramente futuros¹⁹⁷).

La mención legal a “una” obligación garantizada permitiría por tanto constituir hipoteca conforme al art. 153 bis LH en garantía de una única obligación futura, aunque no exista en ese momento la relación jurídica de la que pueda derivar, en contradicción con doctrina de la DGRN sobre el art. 142 LH anterior¹⁹⁸, y ello (a) porque se elude la

¹⁹⁷ DÍEZ GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias...*, op. cit., p. 141-142: “[...] en nada obstaculiza al principio de accesoriedad que la hipoteca se constituya en garantía de una obligación puramente futura, como hoy prevé el art. 153 bis LH [...]”.

¹⁹⁸ RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239): “[...] esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipotecas el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. Y esto de modo particular ocurre con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, pues entonces sólo se exige la identificación de la relación entre el deudor y el posible acreedor, la cual habrá de tener por sí consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación puede desembocar [...] La hipoteca en garantía de deuda futura plantea un difícil problema práctico en que entran en conflicto el interés del tráfico al que siempre conviene soluciones de cierta abstracción y una concepción más personalista del Derecho [...] Literalmente la expresión «obligación futura» empleada por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria comprende cualquier deuda que no exista en el momento de constituirse la hipoteca; y en favor de la posibilidad de esta hipoteca podría invocarse (sic, invocarse) la doctrina de este centro según la cual debe darse a las hipotecas «la flexibilidad que requiere las necesidades del comercio porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo a las inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensibles reducciones de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional» [cfr. Resoluciones de 21 marzo 1917 y 16 junio 1936 (RJ 1936\1544)]. Pero lo cierto es que la admisión de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras (porque su constitución ha de depender enteramente de un futuro contrato que las partes libremente pueden o no celebrar) equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, dado su carácter accesorio, en rigor no existen (no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía). Estaríamos simplemente ante una reserva del rango -un difuso derecho real en formación- que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor) en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario. Si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrían, por el arbitrio del que será avalado, perder su preferencia en favor de créditos que nacen después (los del avalista), a pesar del carácter imperativo que rige la materia del orden de prelación de créditos. Por otra parte, la inadmisibilidad de estas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además estas reservas de rango podrán ciertamente facilitar determinadas operaciones comerciales, pero, a la vez y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique, menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían al tráfico inmobiliario. Finalmente la cancelación de las llamadas hipotecas de máximo en garantía de distintas deudas enteramente futuras exigiría difíciles pruebas de hechos negativos lo que equivaldría prácticamente a que formalmente se perpetuasen cargas inexistentes con la consiguiente perturbación del tráfico y del crédito. Parece, pues, más conveniente aplicar un criterio restrictivo a la admisión de estas hipotecas y entender que la hipoteca constituida en

apelación a la “*relación jurídica básica*” a que se refería, por ejemplo, la RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239), y (b) porque la amplitud de la expresión “*deriven o puedan derivar*” permite pensar en una obligación futura ciertamente remota, incluso de las que necesiten para cristalizar la prestación de consentimientos negociales por ambas partes. El argumento tradicionalmente blandido por la DGRN de que la necesidad de prestación de consentimientos negociales para hacer surgir la obligación futura transforma la hipoteca en potestativa (en violación de los arts. 1.115 y 1.256 CC) no se sostiene, porque esos consentimientos ulteriores nunca son necesarios para la hipoteca, sino (en su caso) para el surgimiento de la obligación futura que, desde que nazca, quedará garantizada. Pero es que incluso podría apelarse a la validez general en nuestro Derecho de las obligaciones alternativas (en las que se atribuye a una de las partes la facultad de designar la prestación) para justificar la validez del pacto en el que se reconoce al acreedor el poder de elegir, de entre las obligaciones existentes, la o las que deben quedar cubiertas por la hipoteca¹⁹⁹. Por tanto, en el ámbito del art. 153 bis LH, parece obvio que se pueden cubrir obligaciones simple o puramente futuras, incluso en ausencia de cualquier relación jurídica básica previa entre las partes. Y fuera del ámbito del art. 153 bis LH, también creo criticable el rechazo de la DGRN a la hipoteca en garantía de obligación futura para el caso de que no exista esa relación jurídica básica de la que haya de surgir: la aplicación del principio de determinación hipotecaria impone una identificación suficiente de la obligación a la que ha de servir la hipoteca,

garantía de una obligación futura que puede llegar a ser inscrita [...] es la que se constituye en garantía de los créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica ya básica existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor [...]. En conclusión para que una obligación futura pueda ser garantizada con hipoteca se requiere que en el momento de la constitución de hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya el deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación aseguradora con la hipoteca (como puede ocurrir con la apertura de crédito o con cualquier precontrato), o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada, y ya se trate de una relación jurídica de tráfico (si la obligación aseguradora es la que puede surgir por infringir el deudor otra obligación: Daños y perjuicios, intereses de demora, pena convencional, costas judiciales), ya se trate de una relación jurídica familiar o de otro tipo cuando de la infracción de los genéricos deberes que por sí comporta la relación jurídica ya constituida pueda surgir la obligación garantizada (pueden ponerse ejemplos con diversas hipotecas legales o con la hipoteca que se constituye en garantía de la obligación de indemnizar que pueda originarse por infracción de los deberes que comporta el cargo asumido)”. En idéntico sentido, la STS n.º 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484) que, tras hacerse eco de la doctrina de la DGRN sobre la hipoteca de máximo, enfatiza que en caso de que la obligación garantizada sea futura, “debe quedar perfectamente identificada, cuando se constituya la hipoteca, la relación jurídica básica de que derive la obligación que debe asegurarse” (F.D. 4.º).

199

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 438. Por el contrario, cuestionando la oportunidad de que el art. 153 bis LH permita la cobertura de obligaciones puramente futuras, CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, *op. cit.*, pp. 50-51 y Nota 26.

de forma que la extensión de la cobertura hipotecaria no dependa de ulteriores consentimientos negociales de ambas partes, pero eso no implica que el surgimiento de la obligación no pueda quedar sujeta a tales consentimientos, a actos de terceros, etc.²⁰⁰

Aunque la hipoteca flotante del art. 153 bis LH se ha conceptualizado legalmente como una hipoteca de máximo (“*También podrá constituirse hipoteca de máximo...*”) son muchas las modalidades hipotecarias que tienen cabida en el art. 153 bis LH, algunas de ellas no incardinables en el molde de la hipoteca de máximo, por ejemplo, cuando se constituya en garantía de una obligación presente de cuantía determinada (sería ontológicamente en este caso una hipoteca ordinaria o de tráfico) o de una obligación futura de cuantía determinada (sería una hipoteca de seguridad). En efecto, la hipoteca de máximo, en puridad, es aquella que se constituye para asegurar una obligación de cuantía incierta, pero determinable²⁰¹. Pero no necesariamente la obligación garantizada ha de ser futura²⁰². Si no lo es, el acreedor no habrá de acreditar el nacimiento de la obligación por medios extrarregistrales, sino solamente su cuantía, como requisito para la ejecución²⁰³. Por otra parte, la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional (a que se refieren los arts. 142 y 143 LH) es la que asegura una obligación futura o sujeta a condición, no siendo lo característico de esta hipoteca que la cuantía de la obligación sea indeterminada. Para el caso de que la obligación futura o condicional que asegure una hipoteca tenga una cuantía cierta, el acreedor sólo deberá acreditar extrarregistralmente el nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición, y no la cuantía²⁰⁴. Naturalmente, cabe en general (al margen del art. 153 bis

²⁰⁰ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, op. cit., pp. 228 y ss. y 610.

²⁰¹ Entre otros, PRETEL SERRANO, Juan José: “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)”, *RCDI* n.º 661, septiembre-octubre 2000, pp. 2.818-2.819.

²⁰² En la hipoteca del art. 153 LH, por ejemplo, la obligación es presente, puesto que el acreedor ya ha concedido “*crédito al cliente (acreditado) por un cierto tiempo y hasta la suma determinada, obligándose, a cambio del percibo de una comisión, a poner a disposición de aquél dentro de ese límite las cantidades que reclame en el plazo fijado*” (URÍA GONZALEZ, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2002 (28.ª ed.), pp. 862-866). RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid: Ed. Dílex, 2004, pp. 139 y ss.

²⁰³ STS n.º 607/1994 de 3 de julio de 1999 (Sr. Villagómez Rodil) (RJ 1999/4903): “*La hipoteca de máximo viene caracterizada porque garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre finca identificada, de importe cierto, pero sin referencia sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca (Resolución de la DGRN de 16-3-1929). El título para su ejecución no es por sí solo la escritura de constitución, ya que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, resultando el pacto sobre la determinación del saldo válido, conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 6-3-1995 [RJ 1995/1781]).*” (F.D. 2.º).

²⁰⁴ CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002”, *CCJC* n.º 62, mayo-septiembre 2003, pp. 443-444.

LH) la yuxtaposición de ambas figuras, esto es, que una hipoteca en garantía de una obligación futura o sujeta a condición sea además una hipoteca de máximo. En tal caso, el acreedor deberá acreditar extrarregistralmente el nacimiento de la obligación futura o el cumplimiento de la condición y, además, su cuantía. En el art. 153 bis LH se permite la combinación de todas esas modalidades hipotecarias, de forma que puede constituirse en garantía de una o más obligaciones, sean éstas presentes y/o futuras y de cuantías determinadas o determinables.

Me parece que debería admitirse la constitución de una flotante en garantía, por ejemplo, de las líneas de crédito que se concertaran entre deudor y banco, tanto si se hubiera suscrito entre ellos un protocolo de colaboración bancaria (aunque del mismo no surja obligación de contratar alguna ni, tan siquiera, exclusividad o preferencia), como si no existe más que la mera intención –al menos por parte del hipotecante– de alcanzar tal relación de crédito en el futuro. Exista o no tal acuerdo de colaboración o “*relación jurídica global*”, la concesión de la hipoteca flotante en garantía de dichas líneas de crédito presupone, en sí misma, un convenio, invitación o mera predisposición a contratar: quien ofrece un bien para que sirva de garantía a futuras operaciones de crédito está abonando el campo para que esas operaciones fructifiquen (y ello aunque el acreedor no asuma obligación alguna al respecto por la mera constitución de la flotante).

Como las obligaciones garantizadas pueden ser “*de cualquier clase*”, cabe asegurar créditos pertenecientes a varios acreedores, sean parciarios, solidarios o en mano común, ya desde el acto constitutivo, ya como consecuencia de la cesión o subrogación parcial en alguno de los créditos garantizados.

Se pueden garantizar créditos líquidos, vencidos y exigibles (para cuya ejecución, obviamente, no se plantearían los inconvenientes propios de las hipotecas de seguridad²⁰⁵).

No se advierte dificultad para garantizar obligaciones de largo tracto, y ésta puede ser, en la práctica, la hipótesis más usual.

²⁰⁵ En este sentido, la STS de 7 de junio de 2005 (RJ 2005/4425) comentada por GINEBRA MOLINS en CCJC n.º 71, pp. 857-872, respecto de una hipoteca constituida en garantía del saldo deudor de una cuenta de crédito cerrada: “*Nos hallamos, por tanto, ante una hipoteca ordinaria y no de seguridad, en la que la cuantía de la obligación garantizada se halla perfectamente determinada “ab initio”, por lo que no precisa de ninguno de los procedimientos de determinación del saldo exigible que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria prevé para poder utilizar el procedimiento judicial sumario, de modo que ninguna infracción o vicio se observa en el proceso seguido que permita declarar la nulidad interesada*”.

Tampoco se aprecian dificultades para asegurar mediante una hipoteca flotante una o más obligaciones determinadas cuyo importe conjunto supere la responsabilidad máxima hipotecaria (este es, en la práctica, un supuesto muy habitual cuando se emplea en un contexto de refinanciación de deudas). Esta posibilidad está expresamente contemplada en el art. 153 LH (*“podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro, en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca”*) al que se remite el art. 153 bis LH y, con carácter general, se ha admitido sin reservas²⁰⁶. Y es lo habitual en toda hipoteca de máximo. Se ha admitido, con carácter general, la posibilidad de hipotecar un bien en garantía de parte de un crédito, sin necesidad de identificar las cuotas o plazos de amortización que asegura, de forma que el incumplimiento de cualquier parte del crédito permite la ejecución (y ello porque aunque la hipoteca sólo garantice una parte del crédito, la totalidad del bien está afecto al cumplimiento de la deuda *ex arts. 1.822 CC y 122 LH*)²⁰⁷. En tales casos, no se puede entender que existan diversas deudas (una garantizada y otra no) de forma que el pago parcial deba imputarse, en primer lugar, a la cancelación de la parte del crédito asegurada por la hipoteca (por ser más onerosa), ni tampoco de forma proporcional, puesto que hasta que se extinga la deuda (en su totalidad), la hipoteca se mantiene.

Exige el art. 153 bis LH que conste en la escritura de hipoteca *“su denominación”*. A primera vista, podría pensarse que se refiere a la denominación de la hipoteca, lo que parecería entroncar con la exigencia de GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ de que en la hipoteca de seguridad había que expresar, *“con palabras sacramentales”*, su naturaleza. Es ésta, además, la lectura más acorde con la sintaxis, puesto que el antecedente del adjetivo posesivo *“su”* es la *“hipoteca”*, palabra con la que conecta el posesivo en la secuencia de sustantivos y elementos anafóricos del párrafo (*“Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación...”*). Como referí en el Capítulo II, la denominación de la hipoteca es una exigencia de validez de las hipotecas de seguridad en el Derecho

²⁰⁶ Véase, AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *op. cit.*, p. 1.218. RRDGRN de 2 y 3 de enero de 1996 (RJ 1996/584 y 1996/585, respectivamente): *“la única significación del carácter parcial de la garantía se produce exclusivamente en el propio juego de esta: en caso de ejecución del bien hipotecado, el actor sólo podrá detraer del precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercer poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito”*. En el mismo sentido, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, ponencia impartida en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en el curso “Problemas registrales en la situación actual de crisis económica”, 8 de julio de 2010; publicada en *ADCon* n.º 22, 2011, p. 227.

²⁰⁷ RRDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996/584) y 3 de enero de 1996 (RJ 1996/585).

alemán, aunque se excepciona en relación con la hipoteca de máximo del 1.190 BGB.

No existe, sin embargo, una denominación legal de la hipoteca global o flotante en nuestro Derecho, por más que sean esas las dos expresiones más utilizadas para referirse a la hipoteca del art. 153 bis LH. El término “*hipoteca de máximo*” que se emplea en el art. 153 bis LH, obviamente, no define el género, sino la especie: toda hipoteca flotante en garantía de una pluralidad de obligaciones (sean obligaciones determinadas o sean indeterminadas) es una hipoteca de máximo, pero no toda hipoteca de máximo es una hipoteca flotante o una hipoteca global²⁰⁸. La hipoteca en garantía de cuenta corriente o de crédito del art. 153 LH es la hipoteca de máximo por antonomasia (quizá por eso empieza el art 153 bis LH “[t]ambién podrá constituirse hipoteca de máximo...” enfatizando su entronque con el artículo anterior). En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se emplea igualmente la denominación “*hipoteca flotante*” (“[flexibilizar] el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes»”). Esta era, igualmente, una referencia reiteradamente empleada en la doctrina de la DGRN. En muchas de las hipotecas flotantes que he preparado o revisado se emplea una fórmula quizá algo redundante, pero que no deja lugar alguno para el equívoco, y que supone la combinación de los términos “*hipoteca de máximo*”, “*flotante*” o “*global*” y la referencia legal expresa al art. 153 bis LH (“*Se constituye hipoteca de máximo flotante conforme a lo dispuesto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria...*” o “*En garantía de [...], se constituye en esta escritura hipoteca de máximo global al amparo de lo dispuesto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*”). Se ha sugerido también la expresión “hipoteca única”²⁰⁹. Sin duda que sería bienvenida una determinación legal más precisa de lo que es una hipoteca flotante o una hipoteca global, por ejemplo, a raíz de cualquier modificación futura del artículo 153 bis LH que pudiera plantearse para superar algunas de las dificultades interpretativas que la redacción actual presenta.

Bien mirado, sin embargo, la “*denominación*” a la que la norma alude no es la de la hipoteca, sino la de las obligaciones garantizadas. El empleo del tiempo verbal en plural (“*especifiquen*”) y la copulativa que liga la “*denominación*” a “*los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”

²⁰⁸ Adviértase que el art. 153 bis LH permite la constitución de una hipoteca flotante en garantía de una única obligación presente. En ese supuesto, no podría hablarse con propiedad de una hipoteca de máximo (tal y como se entiende en nuestro derecho y en el comparado).

²⁰⁹ BOTÍA VALVERDE, Antonio: “Hipoteca recargable y novación”, *op. cit.*, p 11.

(estos últimos sólo de constancia obligatoria en la escritura “*si fuera preciso*”) permite inferir que es la denominación de las obligaciones garantizadas lo que el legislador quiere que conste en la escritura²¹⁰. Exigencia de imposible cumplimiento en muchas ocasiones (habida cuenta del gran número de contratos atípicos e innominados que pueden existir en nuestro Derecho como sustrato de una hipoteca) y bien inútil si atendemos a la enorme generosidad de la redacción del art. 1.861 CC (“*toda clase de obligaciones*”). Cuando las obligaciones sean presentes, o aun siendo futuras, sean determinadas, lo fundamental será que queden perfectamente identificadas en la escritura de hipoteca, al punto de no ofrecer duda alguna y no tanto que se incluya su denominación. Si se trata de obligaciones derivadas de contratos típicos y nominados, obviamente, se incluirá su denominación legal; pero si no, basta con describirlas adecuadamente. Y si las obligaciones son futuras e indeterminadas, entonces se hará “*preciso*” incluir además la descripción de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar (es decir, la cláusula de globalización).

1.1.3 Particular mención a la hipoteca flotante en garantía de créditos tributarios y de la Seguridad Social

La amplitud y generosidad de la hipoteca flotante bancaria parece no trasladarse a la flotante en garantía de administraciones públicas:

“También podrá constituirse hipoteca de máximo [...] a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos” (art. 153 bis LH).

En este caso, se establecen condicionantes respecto de la naturaleza de las obligaciones garantizadas (“*créditos tributarios o de la Seguridad Social*”, únicamente). En el ámbito del crédito tributario, sin duda quedan integrados en la deuda tributaria, además de la cuota, los intereses de demora y los recargos (pues así se establece en el art. 58.2 LGT), no así las sanciones (art. 58.3 LGT) que, sin embargo, tiene naturaleza también de deuda tributaria y, en consecuencia, podrían ser también asegurados por una

²¹⁰ En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 276, MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, p. 217 y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 19 (julio-septiembre 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/19/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>>; [consulta: 20 de noviembre de 2013], Apto. 2 c). CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, p. 85. En contra, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir...”, *op. cit.*, p. 1.652.

flotante.

Se permite que se garanticen créditos distintos, sin número máximo, pero no uno sólo (por contraposición a la elocuencia de la redacción en la flotante bancaria). Aunque el párrafo siguiente al apartado b) es de aplicación común a ambos tipos de flotantes y se refiere a los “*actos jurídicos básicos de los que [...] puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”, la falta de declaración expresa de la posibilidad de garantizar créditos futuros (que sí se hace para la flotante bancaria), junto con la mención en el apartado b) a la titularidad de los créditos garantizados (“[...] *podrá constituirse hipoteca de máximo [...] a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social*”) parecerían abonar la tesis de que no cabe hipoteca flotante en favor de administraciones públicas en garantía de obligaciones futuras²¹¹. Además, la normativa fiscal restringe el poder de la Administración para acordar medidas cautelares frente al obligado tributario de cualquier naturaleza respecto de la deuda tributaria, salvo que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 81 LGT, a saber, que existan indicios racionales de riesgo de impago, que sea proporcional al potencial perjuicio para el Fisco, que se hagan en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda y que no produzcan o puedan producir perjuicio de imposible o difícil reparación al obligado tributario. La premisa necesaria para la adopción de cualquier medida cautelar o la aceptación de garantías es, además, que la deuda tributaria se encuentre liquidada (o, al menos, que exista una propuesta de liquidación notificada al obligado) o que se trate de deudas derivadas de cantidades retenidas o repercutidas a terceros y ya devengadas a la Administración (art. 81.4 LGT). Esa misma normativa impone importantes cortapisas o limitaciones a la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones tributarias (contemplándola como un último recurso), tales como que la garantía no comprometa gravemente la viabilidad de la actividad económica del obligado tributario o el mantenimiento de su capacidad productiva o nivel de empleo, que el obligado no pueda entregar aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, o certificado de seguro de caución, que no se superponga a otra garantía o que el deudor no solicite su sustitución por otra garantía o media cautelar suficiente (en concreto, los arts. 82.1 y 82.2 LGT ó 49 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de

²¹¹ En el mismo sentido MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, p. 230. En contra, CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, p. 889.

Recaudación). Igualmente, los arts. 48 a 50 del Reglamento General de Recaudación admiten la hipoteca como garantía de fraccionamientos o aplazamientos de la deuda tributaria, nuevamente presuponiendo, por tanto, la existencia de una deuda “*presente*”. El 71.3 LGT permite un sistema de cuenta corriente para la extinción de la deuda tributaria, pero lo hace sobre la base de la compensación (“*Los obligados tributarios podrán solicitar la compensación de los créditos y las deudas tributarias de las que sean titulares mediante un sistema de cuenta corriente, en los términos que reglamentariamente se determinen*”), que presupone el cumplimiento de los requisitos de los arts. 1.195 a 1.202 CC²¹², y por tanto, deudas “*existentes*”. En su desarrollo, los arts. 138 a 143 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, establecen un sistema de cuenta corriente para la extinción por compensación de las deudas y los créditos de naturaleza tributaria. Se podría plantear la duda de si la hipoteca que se estableciera, en su caso, en garantía de dicha cuenta corriente tributaria podría configurarse como una hipoteca flotante del art. 153 bis LH. Hay dos argumentos que, en mi opinión excluyen tal posibilidad:

- (a) Por una parte, porque entre los requisitos de aceptación de la cuenta corriente tributaria no se encuentra la constitución de garantía real a favor de la Administración.
- (b) Y, por otra, que en el caso de llegar a garantizar con hipoteca una cuenta corriente tributaria, el efecto novatorio de las distintas partidas de la cuenta que impone el 141.2 (“*Los créditos y los débitos [...] no serán exigibles individualizadamente [...], sino únicamente por el saldo resultante de la misma tras la liquidación*”) más bien orientaría a una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente del art. 153 LH, ya que lo característico, aunque no obligatorio, de una flotante es la innecesariedad del pacto novatorio y, en el caso de que establezca el pacto de novación, nuevamente la redacción del art. 153 bis LH en cuanto a la hipoteca flotante a favor de las administraciones públicas impone una objeción, ya que para ésta no se recoge expresamente (como sí se hace en la hipoteca flotante bancaria)

²¹² La SAP Pontevedra n.º 546/2007 de 22 octubre de 2007 (Secc. 1.ª) (Sr. Valdés Garrido) (AC 2008/220) explica que el mecanismo de extinción de la deuda tributaria a que se refiere el art. 71 LGT exige, además de los requisitos generales de la compensación en el Código Civil, los administrativos del art 66.1 del Reglamento de Recaudación.

que la flotante pueda servir de garantía de un único crédito, que sería lo que resultaría del pacto de novación en la flotante que la normativa tributaria impone a la cuenta corriente tributaria.

La única norma que pudiera invocarse para tratar de defender una hipoteca flotante en garantía de deudas tributarias futuras no es tributaria, sino hipotecaria. Me refiero en concreto al art. 194 LH (*“Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades –de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles–, podrán exigir el Estado, las Provincias o los Pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita”*). Pero, dada la generalidad y la falta de concisión del art. 194 LH, y la precisión en sentido contrario del art. 153 bis LH, creo que no es posible defender la utilización de la flotante tributaria en garantía de deudas futuras²¹³.

Tampoco cabe una hipoteca flotante en garantía de créditos futuros de la Seguridad Social, y ello aunque el art. 29 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social contempla una fianza ómnibus (allí denominada *“aval genérico”*) para responder de *“todas y cada una de las deudas presentes y futuras que mantenga el sujeto responsable con la Tesorería General de la Seguridad Social”*. Por un lado, porque el art. 27 que abre el Capítulo VI del Reglamento en el que se regula el aval genérico se refiere únicamente a la constitución de *“garantías de pago de la deuda de Seguridad Social objeto de gestión recaudatoria”*, cuyo *prius* lógico es, por tanto, una deuda presente (y liquidada) y, por otro, porque el Reglamento se remite, como no podía ser de otra forma, tanto en su constitución como en cuanto a su ordenación, a las normas civiles aplicables: *“Estas garantías se constituirán y regirán conforme a las normas civiles, mercantiles o administrativas que les sean aplicables”* (art. 28.2). Amén de que una disposición reglamentaria no podría contradecir una ley.

Tampoco se establece, respecto de la hipoteca flotante en favor de las administraciones públicas, la posibilidad de atribuir al acreedor facultad de certificación de la deuda (el penúltimo párrafo del 153 bis LH lo contempla sólo la respecto de la *“entidad financiera acreedora”*). Se podría decir, sin embargo, que la mención a la capacidad certificante de la Administración en sede del art. 153 bis LH es ociosa,

²¹³FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, p. 214.

porque esa facultad ya deriva de las normas tributarias (en concreto, del art. 167.2 LGT) y de la Seguridad Social, a las que bastaría con remitirse en la escritura de constitución de la flotante (o que se entenderían acogidas en la propia escritura en caso de omisión).

Se impone a los acreedores de naturaleza “*pública*” una última limitación, que puede ser particularmente relevante en caso de utilización de la flotante en el contexto de los acuerdos de refinanciación preconcursales, y es que la Ley admite solamente la transacción extrajudicial sobre estos créditos públicos en el seno de procedimientos concursales propiamente dichos (véanse arts. 7.3 y 164.4 LGT y 24 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que sienta la prohibición general de transacción judicial o extrajudicial sobre los derechos de la Seguridad Social, respecto a la que se admite excepción “*mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros*” –art. 24.1– o “*si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso*”, en cuyo caso, cabe que la Seguridad Social se adhiera o suscriba los convenios previstos en la LC “*sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de acreedores*”). Así, la utilización de la flotante en contexto de refinanciaciones preconcursales encontraría, respecto de los acreedores públicos, la limitación de no permitir la Ley quitas, aunque sí fraccionamiento de pagos o esperas (art. 82 LGT).

Este discriminatorio tratamiento de la flotante bancaria respecto de la flotante a favor de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social trató de ser corregido en el borrador de lo que luego fue el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en cuyo capítulo II (“Medidas que pretenden facilitar la refinanciación de las empresas en dificultades”) se incluía una modificación del art. 153 bis LH a este efecto:

“También podrá constituirse hipoteca de máximo en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y también de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la seguridad social”.

Como se aprecia, el cambio venía orientado a establecer un único marco para ambos tipos de entidades, financieras y administraciones públicas. Este capítulo fue sin embargo eliminado en el texto del Real Decreto-Ley finalmente aprobado, manteniéndose, en consecuencia, la “*dualidad*” de regímenes. Resulta así que nuestra normativa es más generosa con los bancos (y con la SAREB a la que, en virtud de la modificación legal del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, se califica como beneficiario de hipotecas flotantes, sin mayores limitaciones ni cortapisas) que con las administraciones públicas. Es por ello a la flotante bancaria a la que voy a dedicar especial atención en este trabajo.

1.1.4 El “saldo final líquido garantizado”

Se exige la determinación en la escritura de constitución de “*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*”, sin establecer ninguna imposición al respecto, esto es, dejando a las partes libertad para establecer cómo se determina el importe de la deuda relevante, en particular, para la ejecución. La forma de determinación establecida en la escritura deberá, naturalmente, inscribirse. Esto obviamente importa a la flotante bancaria, pues la naturaleza de créditos tributarios o de Seguridad Social asegurados en la flotante en favor de las administraciones públicas parecería restringir tal pacto a los límites legales aplicables a tales deudas, que son de derecho necesario (en la flotante en garantía de deudas tributarias o de la Seguridad Social, la liquidación de la deuda deberá efectuarse conforme a la normativa administrativa existente, bastando que la escritura de hipoteca se remita a la misma al respecto o simplemente sea omisa sobre el particular²¹⁴).

En este punto, se advierte un cierto peso de la tradición en torno a la hipoteca semi-flotante. Y es que, pese a que no se exige “*pacto novatorio*” de las obligaciones garantizadas, sí se establece la necesidad de determinar un “*saldo final líquido garantizado*”, como imponiendo la refundición de las obligaciones garantizadas. O sea, cabe asegurar con una hipoteca flotante varias obligaciones, que pueden mantener su individualidad y exigibilidad separada, pero parece preciso acumularlas o refundirlas a

²¹⁴

Se puede invocar, para fundar esta afirmación, las RRDGRN de 29 y 30 de noviembre de 2002 (RJ 2003/152 y 2003/153, respectivamente) que rechazar el criterio riguroso del registrador al exigir la constancia en la escritura de los requisitos del art. 245 RH en relación a una hipoteca de máximo “*pues estos, aunque nada se pactara en la misma, operan en la realidad por la fuerza legal que el art. 153 de la LH les concede aunque no conste en el pacto entre acreedor y deudor*”.

efectos hipotecarios (sin necesidad de hacerlo también a efectos civiles mediante la novación) para determinar el saldo final único que garantiza la hipoteca y que, eventualmente, pueda abrir la ejecución frente a la finca. Entiendo que esta refundición a la que apunta la norma es sólo a efectos de su ejecución, aunque la Ley no lo dice. Creo que está en la esencia de la hipoteca flotante que el acreedor pueda ejecutarla ante el vencimiento de todas, de alguna o alguna de las obligaciones garantizadas, sin que la hipoteca flotante garantice sólo “*el saldo final liquido*” de todas esas obligaciones, sino todas y cada una de ellas, autónomamente. No hay necesidad, creo, de hacer refundición (ni siquiera meramente contable) de los créditos garantizados, al margen de la ejecución y que, en consecuencia, esta previsión es ociosa. La hipoteca flotante no garantiza un saldo, sino todas y cada una de las obligaciones identificadas²¹⁵. Dos veces lo dice el art. 153 bis LH:

- (a) “*También podrá constituirse hipoteca de máximo [...] en garantía de una o diversas obligaciones*”;
- (b) “*actos jurídicos básicos de los que deriven [...] las obligaciones garantizadas*”.

A diferencia de la hipoteca del art. 153 LH, en la flotante no subyace la concesión de crédito²¹⁶ (unilateral o recíproco) simple o en cuenta corriente, ni el acuerdo de las

²¹⁵ En contra, véase “Normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007” del Colegio de Registradores (p. 5); GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.ª ed.), p. 110; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, p. 263, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp. 1.273 y 1.274 y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 17 (enero-marzo 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/17/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013], Apto. 4. De forma más taimada, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca...”, *op. cit.*, pp. 1.133 y 1.148; GARCÍA MEDINA, José: *Nuevas y especiales formas de garantía...*, *op. cit.*: “[...] no está claro que puedan establecerse previsiones y pactos que permitan una ejecución por el saldo parcial que en determinado momento se fije, a pesar del art. 693-1 de la LEC, por eso podría haber inconveniente en que se pacte que al tiempo de la ejecución, la entidad de crédito pueda determinar, de entre las obligaciones heterogéneas cubiertas con la hipoteca flotante, cuáles de ellas se integran en el saldo y cuáles no”. Ídem PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, pp. 194-195. A favor –implícitamente–, la SAP Pontevedra 353/2012 de 21 de junio de 2012 (Secc. 1.ª) (Sr. Menéndez Estébanez) (La Ley 105164/2012) que contrapone el imprescindible cargo en la cuenta de las diversas obligaciones –y la pérdida de su individualidad– para el surgimiento del crédito único garantizado hipotecariamente en la hipoteca del 153 LH con la hipoteca flotante del 153 bis LH y CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 320.

²¹⁶ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 941 y ss. Ídem, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, n.º 19, *op. cit.*, Apto. 2 en que se pronuncia a favor de la validez de la siguiente cláusula incluida en el modelo de escritura de hipoteca flotante de una entidad de crédito: “La formalización de la presente escritura no presupone en ningún caso la obligación del Banco

partes de aplazar, hasta la época convenida, la exigibilidad del saldo acreedor o deudor de un cúmulo de relaciones jurídicas²¹⁷. Por eso, entre otras cosas, no se exige en la flotante la determinación del plazo de duración de la cuenta (como se impone en el art. 153 LH), o sea, el plazo en que deben surgir y vencer las obligaciones garantizadas²¹⁸. Es perfectamente posible que la flotante garantice una panoplia de deudas presentes y de cuantía ya cierta, en cuyo caso el “*saldo final líquido*” no sería otra cosa que la suma de las cuantías de las deudas vencidas e impagadas por las que el acreedor desee proceder. Y también podría constituirse hipoteca flotante en garantía de una única obligación presente de cantidad cierta y no generadora de intereses, situación en la que la referencia al “*saldo final garantizado*” adolecería de cualquier sentido. La libertad del acreedor para integrar, a efectos de la ejecución, con absoluta libertad, la o las obligaciones garantizadas (obviamente vencidas) sobre las que “*flota*” la garantía es una de las características esenciales de esta figura²¹⁹. Por eso, no hay necesidad de que se instrumente una “*cuenta*” bancaria²²⁰, ni una cuenta de crédito, ni una cuenta corriente. Habiendo superado de forma expresa el art. 153 bis LH la exigencia de refundición novatoria que venía imponiendo la doctrina registral (“*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*”), carece de todo sentido obligar al acreedor a acudir al expediente de la refundición en cuenta, aunque sea meramente instrumental y a los simples efectos de la ejecución. Por todo ello, considero que es posible establecer como mecanismo de liquidación de la deuda (a los solos efectos de la ejecución) la integración de las partidas de las diferentes obligaciones en una cuenta contable, pero no es necesario, pudiendo omitirse cualquier referencia a dicha integración en cuenta y calculando en ese caso el acreedor la cantidad debida (por la que se ejecuta) como mera adición de las partidas

de conceder, facilitar u otorgar ninguna de las operaciones que a partir de esta fecha pueda solicitar el garante, teniendo el Banco la facultad de admitir o denegar, total o parcialmente, y en el primer supuesto, con las condicionantes económicas, financieras y jurídicas que considere necesario, conforme a los criterios de riesgos que en cada momento considere aplicables en función de las circunstancias de mercado, estudio de la viabilidad de cada operación, y solvencia de la Acreditada y de eventuales fiadores”; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, op. cit., p. 283 y FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, op. cit., p. 208. CANALS BRAGE, por el contrario, parece cuestionarlo (CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, op. cit., pp. 50-51 y Notas 26 y 31).

²¹⁷ SAP Palencia de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/300).

²¹⁸ Plazo que fue frecuente incluir en las hipotecas flotantes anteriores a la Ley 41/2007 (como se evidencia en la RDGRN de 11 de enero de 1995, RJ 1995/186) con el objetivo de superar las objeciones que venía suscitando la DGRN desde 1987.

²¹⁹ REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula...”, op. cit., pp. 109 y 125.

²²⁰ En contra, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, op. cit., p. 263. CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriadad de la hipoteca...”, op. cit., p. 76 alude a la necesidad de una “*cuenta bancaria*” (que entiende simplemente como una cuenta llevada por el banco), aunque reconociendo que no es más que un sumatorio de las obligaciones garantizadas.

líquidas, vencidas y exigibles de las obligaciones garantizadas que correspondan.

El subyacente de la hipoteca flotante del art. 153 bis LH no es una apertura de crédito, ni simple ni instrumentada en una cuenta corriente. En efecto, la apertura de crédito ha sido definida como aquella operación crediticia, generalmente bancaria, por la que el acreedor se obliga, dentro del plazo y por el límite máximo pactados, a poner a disposición del deudor –acreditado– conforme a su solicitud, crédito –o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo–, y en la que el deudor se obliga a restituir esas sumas en la fecha pactada, con los intereses y las comisiones acordadas. Se trata de un contrato bilateral y consensual que, aunque aludido en el art. 175.7 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza hasta su reconocimiento por la jurisprudencia (*vid.* sentencias citadas en las SSTS de 1 de marzo de 1969, Sr. Pérez Jiménez –RJ 1969/1136– y en la n.º 521/1999 de 11 de junio de 1999, Sr. González Poveda –RJ 1999/4607–, o la RDGRN de 18 de junio de 2001 –RJ 2002/7716–. Y la prueba de que en la flotante no hay necesariamente apertura de crédito, ni apertura de crédito en cuenta corriente, es que entre los rasgos esenciales de la inscripción que recoge el art. 153 bis LH no están ni el límite máximo del crédito (ni el total, ni el separado de los distintos actos jurídicos básicos de los que pueda resultar crédito), ni el plazo máximo en el que se daría. Precisamente porque la flotante no presupone una relación vinculante de crédito, el acreedor no está obligado a esperar ningún plazo para ejercer la acción hipotecaria que no sea el plazo de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas por la hipoteca. Desde que cualquiera de ellas esté vencida e incumplida, podrá el acreedor promover la ejecución, aunque no haya transcurrido aún el plazo de la hipoteca que es mención necesaria en el art. 153 bis LH, como luego se enfatizará. De ahí que no se aplican a la hipoteca flotante algunos requisitos que en el Derecho comparado se exigen respecto de las hipotecas en garantía de cuenta de crédito (el trasunto de la hipoteca del art. 153 LH), tales como la imposición al acreedor (o acreedores sucesivos) de la necesidad de esperar hasta el fin del plazo de la cuenta para poder liquidarla y, en su caso, realizar la hipoteca (así, en la ley hipotecaria belga de 20 de mayo de 1972 se admite generosamente la circulación de la hipoteca constituida en garantía de una cuenta de crédito junto con los efectos de comercio librados o negociados en virtud de esa cuenta pero los tenedores o endosatarios de dichos efectos “no podrán aprovecharse de la hipoteca hasta el final de la cuenta”²²¹).

²²¹ PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras de cambio”, *Cuadernos de Derecho*

En todo caso, como el precepto permite libertad de pacto para la liquidación de la deuda, y en el párrafo siguiente del art. 153 bis LH se recoge la posibilidad de pactar en el título que la cantidad exigible en la ejecución (adviértase que no se utiliza aquí la expresión “*saldo líquido final garantizado*”) será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida en la escritura, sugeriría que en las escrituras de constitución de hipoteca flotante se atribuya expresamente al acreedor hipotecario la facultad de liquidar cada una de las obligaciones garantizadas individualmente –en la forma que se establezca en el título del que resulte– y, además, el saldo final que determina la ejecución, reconociendo capacidad al acreedor para que integre en dicho saldo aquella o aquellas obligaciones garantizadas vencidas que tenga por conveniente, declarando así, de forma expresa, el poder de selección discrecional del acreedor de entre ellas. Es decir, ya que la Ley no lo hace expresamente, creo adecuado que las escrituras de hipoteca flotante consignent el derecho del acreedor a integrar o no en el saldo reclamable la cantidad o cantidades vencidas y exigibles bajo cualquiera de las obligaciones garantizadas (liquidando las que no fueran líquidas), a su entera discreción²²². Este pacto no encuentra, en mi opinión, otros límites que los generales del Derecho civil. La facultad del acreedor de liquidar la deuda o de integrar en la reclamación alguno, varios o todos los créditos que ostenta no contraría el art. 1.256 CC, pues no por ello la exigibilidad de cada uno de esos créditos “*queda al arbitrio de uno de los contratantes*”. Y los terceros poseedores o los titulares de derechos inscritos posteriores no podrán hacer valer el art. 144 LH para eludir o hacerles inoponible la selección de la deuda o deudas reclamables por el acreedor en la ejecución (obviamente hasta el límite de la responsabilidad máxima garantizada) sea (a) porque se considere inaplicable ese precepto respecto de las hipotecas de seguridad²²³, como es la flotante pura (ya que, en otro caso, la hipoteca de

Registral, Madrid: Fundación Registral, 2008, pp. 52 y 53 refiere, para confirmar que es esta la interpretación correcta de la ley belga, a su norma de acompañamiento, que sentencia: “*Un caso particular es la apertura de crédito garantizada con hipoteca: el acreditado envía efectos al acreditante, que los endosa por estar a cubierto, y la hipoteca no asegura el pago de la suma entera, sino sólo del saldo: es eventual, condicional. Los terceros pueden ejercer el derecho hipotecario como el suscriptor o endosante, pero sólo hasta dicho límite; dentro de este, estos terceros se reparten sus dividendos sin preferencia por fechas; sus créditos no son más que emanaciones de la obligación principal*”.

²²² En el mismo sentido, véase “Normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007” del Colegio de Registradores, p. 6.

²²³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2001 (4.ª ed.), p. 326; ROCA SASTRE, Ramón María: “Variaciones sobre la hipoteca cambiaria” en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Madrid: 1964, p. 264; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Apuntes sobre

seguridad devendría absolutamente estéril al poder el deudor o el hipotecante en cualquier momento “*inutilizarla*” mediante la venta o la constitución de otra hipoteca), sea (b) porque el título constitutivo de la hipoteca habilite (y publicite frente a los terceros, tras su inscripción) este mecanismo de integración extrarregistral de la cantidad reclamada.

Se ha indicado que el poder del acreedor para seleccionar las deudas por las que reclama podría ser abusivo en cuanto que, “*autorizada una operación de las cubiertas por la garantía, el prestatario debería tener el derecho de que se incluyera entre las garantizadas y no se le exigiera otra garantía*”²²⁴. En mi opinión, esta crítica supone algo de desconocimiento del poder de liquidación del acreedor. En efecto, el acreedor no podría lícitamente exigir la constitución de otra garantía real al deudor (si no se hubiera previsto al tiempo del nacimiento de la obligación) por el hecho de que el acreedor se niegue a incluirla entre las obligaciones garantizadas. Pero es que la inclusión de las obligaciones llamadas a quedar garantizadas en la cobertura sobreviene con el simple surgimiento de la obligación (salvo exclusión expresa). No es preciso ningún acto expreso de afirmación o de “*recepción*” de la obligación en la garantía, ni del acreedor, ni del deudor, ni del propietario no deudor. Tampoco hace falta, como ya he explicado, constancia registral alguna del surgimiento de la obligación (aunque es obviamente posible). Sí puede el acreedor “expurgar” o “excluir” una obligación en principio cubierta por la hipoteca flotante, mediante una declaración expresa al efecto, nuevamente sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, del propietario no deudor o de los terceros registrales (con excepción de los que ostenten algún derecho sobre su propia hipoteca, como los acreedores subhipotecarios). La constancia registral de tal exclusión debería poder hacerse mediante nota al margen de la hipoteca, y no mediante reducción o cancelación parcial (del art. 80.2.º LH), puesto que la flotante permanece íntegra en garantía de las restantes obligaciones garantizadas salvo que, por haberse atribuido una porción de la responsabilidad hipotecaria a cada obligación, pueda

la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo” en CABANILLAS SANCHEZ, Antonio *et al.* (coords.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez Picazo*, tomo III, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 3.587 o RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *Elementos de Derecho hipotecario (ajustados al programa de notaría)*, tomo II, Barcelona: Ed. Bosch, 2011 (4.ª ed.), p. 380.

224

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, n.º 19, *op. cit.*, Apto. 2 d). Se hace esta objeción a la siguiente cláusula en el modelo de hipoteca flotante de una entidad de crédito “*El incumplimiento total o parcial de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas presentes y/o futuras faculta al Banco para declarar el vencimiento anticipado de todas o de algunas de tales obligaciones, siendo en este último supuesto el Banco libre de elegir, de entre las obligaciones existentes en el momento de la declaración de vencimiento anticipado*”.

hacerse una cancelación o reducción parcial. En el caso de que el acreedor excluya de la garantía una determinada obligación y ello contravenga los pactos entre acreedor y deudor (o con el hipotecante no deudor), obviamente quedará el acreedor sujeto a responsabilidad. Y si no existe regla contractual al respecto, también podría quedar sujeto a responsabilidad, o al juego de una pléyade de excepciones, si exige a continuación la constitución de otra garantía real, o la aplicación de las condiciones financieras convenidas entre las partes para las obligaciones desprovistas de garantía real, etc. Pero nada de esto tiene relación con la facultad del acreedor de integrar en la ejecución, de entre las distintas obligaciones pendientes e incumplidas, aquélla o aquéllas que libremente seleccione.

En la hipoteca flotante, como género de la especie de las hipotecas de seguridad, la presunción de exactitud del Registro se predica, únicamente, respecto de la hipoteca, pero no necesariamente de las obligaciones garantizadas (no desde luego en la flotante pura o global o en la flotante en garantía de crédito futuro), hasta tanto no quede constancia registral de la existencia o cuantía del crédito garantizado (de la forma prevista en los arts. 143 LH y 238 RH). Antes de que se efectúe (en su caso) esa constatación registral, no existe publicidad que pueda amparar la fe pública en cuanto al crédito garantizado (RRDGRN de 31 de enero de 1925, 5 de marzo de 1929 –CL 29²²⁵– o 5 de febrero de 1945) y, por eso, los terceros que lo adquieren, aunque lo hagan de buena fe y en negocio oneroso, no podrán invocar los arts. 32, 34 ó 144 LH para reaccionar ante la excepción de pago o de extinción del crédito opuesta por el deudor ante la reclamación.

La Ley no impone, y por tanto no debemos suponer, la exigencia de refundir todas las obligaciones necesariamente –ni todos los distintos conceptos que puedan existir en cada una de ellas– para determinar el saldo reclamable. La mención al “*saldo final líquido garantizado*” y la literalidad del último párrafo del art. 153 bis LH, sin embargo, podría conducir a la interpretación de que el acreedor de una hipoteca flotante sólo puede ejercitar la acción hipotecaria “*al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas*” y no antes²²⁶. De entenderse así, quedaría seriamente

²²⁵ “La diferencia esencial entre la hipoteca ordinaria y la de máximo se halla en que, así como la primera extiende la autoridad o publicidad inmobiliaria desde el derecho real a la obligación por el mismo asegurada, la segunda garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre la finca, de importe cierto, pero nada indica sobre la existencia de una obligación afianzada por la misma hipoteca, ni sobre su cuantía”.

²²⁶ En este sentido, PARDO NÚÑEZ, Celestino y NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás: “Las causas de

mermada la utilidad de la hipoteca flotante. Esta (y cualquier hipoteca) atribuye a su titular de forma destacada, entre otros derechos, el de realización del bien hipotecado ante el impago de la obligación (arts. 1.858 y 1.879 CC). No puede admitirse una restricción tan abrasiva de un elemento esencial de la hipoteca (el derecho de realización ante el impago) como sería defender que hasta el vencimiento del plazo no puede el acreedor hipotecario ejecutar, aunque alguna obligación asegurada haya sido incumplida, sin que una previsión legal expresa e indiscutible así lo estableciera. Y no puede invocarse, en apoyo de esta interpretación literal rigurosa del último párrafo del 153 bis LH, que la hipoteca flotante tiene una servidumbre en la ejecución derivada del carácter esencial que el plazo juega respecto de ella (como luego se expondrá), entendiendo que el plazo determina, no sólo las circunstancias de la oponibilidad, sino también la posibilidad de ejecución. La hipoteca del art. 153 bis LH no presupone, al contrario que la del art. 153 LH, un elemento de cuenta de crédito o cuenta corriente. Puede existir ese crédito vinculante, cuando se concierta en garantía de una obligación presente o de una obligación simplemente futura, pero no cuando se constituya en garantía de una o más obligaciones puramente futuras (como la que he denominado hipoteca global). No por ello en estos últimos casos se puede hablar de una afección real sin crédito, sino de una afección “a la espera de crédito”. A todo esto debe añadirse, por último, que la Ley adjetiva reconoce ampliamente esta ventaja de ejecución a todas las “operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza” (art. 572.2 LEC), con los requisitos indicados en los arts. 572.2 y 573 LEC²²⁷. Por todo ello, considero que es posible proceder a la ejecución ante el incumplimiento de todas o algunas de las obligaciones garantizadas, sin tener que esperar para ello al vencimiento del plazo pactado en la escritura de constitución de la flotante (que, como se expondrá más tarde, es el plazo de la hipoteca, no el plazo de las obligaciones garantizadas o en el que han de surgir éstas).

En cuanto a la extensión de las obligaciones garantizadas, el uso de la expresión “de cualquier clase” permite, desde luego, que las haya de distinta causa. No se impone, por tanto, que los créditos garantizados tengan el mismo origen, o resulten de una

vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios”, *La Ley*, n.º 7293, 27 de noviembre de 2009, p. 7, exigiendo igualmente la constancia registral de las obligaciones como condición *sine qua non* para el acceso al ejecutivo hipotecario.

227

La liquidación unilateral de la deuda por el acreedor se permite, en la norma procesal, para todo tipo de relaciones crediticias, según BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Apuntes sobre la novación...”, *op. cit.*, p. 3.592.

misma actividad, ni sean manifestaciones de un crédito continuado²²⁸. Evidentemente, la flotante, como cualquier otra hipoteca, no puede más que asegurar las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer.

Por lo demás, la hipoteca flotante continúa siendo accesoria de las obligaciones garantizadas (arts. 1.857, 1.212 y 1.528 CC; 104 y 105 LH), indivisible (arts. 1.860 CC, 122 y 123 LH o 179 RH), causal y no abstracta (art. 1277 CC, 19 y 80 LH, 51 RH), absoluta o con eficacia *erga omnes* tras su inscripción (arts. 1.858, 1.875 y 1.876 CC; 13 y 32 LH), produce legitimación registral del beneficiario presumiéndose válido el contenido del registro (arts. 38, 91 y 1.3º LH), se beneficia de los efectos de fe pública registral (art. 34 LH), prioridad registral (art. 17 LH), asentados en los principios de legalidad (art. 18 LH), tracto sucesivo registral (art. 20 LH) y especialidad o determinación (art. 9 LH, 51 RH).

Disfruta el acreedor flotante de las acciones y derechos propios de una hipoteca inmobiliaria, desde los que podríamos llamar “principales”, tales como el derecho de realización de la cosa hipotecada (art. 1.858 CC), la reipersecutoriedad (arts. 1.876 ó 1.879 CC, 104 LH), la preferencia y la prioridad del crédito garantizado tanto en casos de concurrencia singular (arts. 1.923.3.º y 1.927 CC), como colectiva (art. 90.1.1.º LC), hasta los de “segundo orden” o “menor importancia”, como el tratamiento más benévolo en materia de requerimientos de recursos propios y provisiones que, para los acreedores sujetos a supervisión prudencial, se otorga a los créditos con garantías reales respecto de los no garantizados (Circulares del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, 3/2010, de 29 de junio, 3/2008, de 22 de mayo y 9/2010, de 22 de diciembre) o la capacidad de titulización o movilización del crédito que se atribuye al crédito con garantía real que cumple los requisitos establecidos en la LRMH y su normativa de desarrollo (el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla determinados aspectos de ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero)²²⁹.

²²⁸ BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 12.

²²⁹ Esa susceptibilidad de movilización o titulización se reconoce, además de a los créditos garantizados, a los préstamos y créditos concedidos por las entidades de crédito al Estado, las Comunidades Autónomas, los Entes Locales, así como a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales dependientes de los mismos o a otras entidades de naturaleza análoga del Espacio Económico Europeo a que se refiere el art. 13 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (las llamadas “cédulas territoriales”). El mismo régimen se otorga a las “cédulas y bonos de internacionalización” para la movilización de los préstamos a emprendedores (art. 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los

Entre las ventajas secundarias del acreedor flotante (como un acreedor hipotecario más), en el ámbito del concurso del deudor, destacan los derechos de información y asistencia a la junta (art. 120 y del 123.1 LC, aunque no se ejercite el derecho de voto); los derechos de voto o de abstención en la junta (art. 123 LC); el derecho de mantenimiento de las ventajas propias del privilegio en caso de voto (art. 125.1, segundo apartado LC); el derecho a no quedar vinculado por el convenio de acreedores salvo voto favorable o adhesión al convenio ya aprobado (art. 134, apartado 2 LC, con la eficacia novatoria que del art. 136 resulta en este caso); el derecho de ejecución separada en escenarios concursales (arts. 56 y 155 LC, y la exclusión, respecto de la misma, de las reglas supletorias establecidas en el art. 149, apartado 1 LC)²³⁰; o la dispensa que se otorga a los acreedores con garantía real inscrita en registro público de

emprendedores y su internacionalización).

230

En torno al derecho a la ejecución separada en un escenario concursal (sea ante el juez de primera instancia, sea ante el juez del concurso), ha supuesto una pequeña conmoción la tesis de la DGRN sustentada en la resolución de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012/5956) en la medida en que condiciona el inicio o la continuidad de la ejecución separada ante el juez de primera instancia de una garantía hipotecaria, declarado el concurso, a que se deje constancia en el procedimiento de ejecución de la declaración del juez del concurso de la no afección del bien hipotecado a la actividad profesional o empresarial del deudor en concurso. En lugar de optar por la determinación positiva de afección del bien, como elemento determinante de la suspensión del procedimiento, la DGRN exige la declaración expresa de no afección del juez del concurso como condición de proseguibilidad de la ejecución ante el juez de primera instancia: “[...] *efectivamente, la entrada en vigor del artículo 43 de la Ley 38/2011 de modificación de la Ley Concursal que da nueva redacción al artículo 56 de esta Ley erige en requisito inexorable de esta continuidad de jurisdicción de las acciones de ejecución de garantías reales, que la tan meritada declaración de no afección se formalice expresamente a través de la correspondiente resolución judicial dictada por el juez del concurso, único competente para tal declaración. Es decir, a partir de la entrada en vigor de aquella Ley, queda consagrado con rango de Ley que la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización desde luego de todo procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado*”. No era esta, desde luego, la posición jurisprudencial mayoritaria antes de la LRLC: los autos de las audiencias provinciales que se citan a continuación exigen una determinación judicial positiva expresa de afección para suspender la ejecución, en vez de partir de la suspensión automática, desde que se constate la declaración de concurso, y hasta que se asiente mediante la oportuna declaración judicial la ausencia de afección a la actividad del bien ejecutado: AAP Barcelona n.º 178/2011 de 13 de diciembre de 2011 (Secc. 1.ª) (Sr. Alavedra Farrando) (AC 2012/229); AAP Madrid n.º 90/2011 de 9 de mayo de 2011 (Secc. 8.ª) (Sra. García de Leaniz Cavallé) (JUR 2011/239570); AAAP Santa Cruz de Tenerife n.º 47/2011 de 8 de abril de 2011 (Secc. 4.ª) (Sr. Fernando Suárez Díaz) (JUR 2011/334823), n.º 46/2011 de 7 de abril de 2011 (Secc. 4.ª) (Sra. Aragón Ramírez) (JUR 2011/334836), n.º 92/2010 de 12 de abril de 2010 (Secc. 1.ª) (Sr. Navarro Miranda) (JUR 2010/412246) y n.º 1000/2009 de 1 de junio de 2009 (Secc. 4.ª) (Sra. Aragón Ramírez) (JUR 2009/319495); AAP Salamanca n.º 119/2010 de 30 de diciembre de 2010 (Secc. 1.ª) (Sr. Vega Bravo) (AC 2011/917); n.º 93/2010 de 17 de mayo de 2010 (Secc. 5.ª) (Sra. Sola Ruiz) (JUR 2010/239041); n.º 77/2010 de 28 de junio de 2010 (Secc. 1.ª) (Sr. Antón Guijarro) (JUR 2010/276414); AAAP Ciudad Real n.º 77/2009 de 26 de junio de 2009 (Secc. 1.ª) (Sra. Astray Chacón) (JUR 2009/419027) y n.º 38/2009 de 29 de abril de 2009 (Secc. 2.ª) (Sra. Céspedes Cano) (AC 2009/1827). Véase comentario sobre esta resolución en CABANAS TREJO, Ricardo: “La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 169-183.

la carga de insinuar sus créditos en el concurso y, en consecuencia, de la sanción de subordinación que comporta la insinuación tardía, conforme a los arts. 86.2 y 92.1.º LC en la redacción establecida en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal (la “**LRLC**”); la inoponibilidad respecto del acreedor con garantía real disidente de los acuerdos de refinanciación (en adelante, “**AR**”) que pudieran haber sido concertados por un deudor y una parte de sus acreedores que gocen del blindaje a que se refiere el art. 71.6 LC y que, por cumplir los requisitos adicionales indicados en la Disposición Adicional Cuarta de la LC (la “**DA 4.ª**”), sean homologados judicialmente conforme a lo allí previsto o la inoponibilidad al acreedor con garantía real de los acuerdos extrajudiciales de pagos (“**AEP**”) del Título X LC.

Algunos autores han visto en la hipoteca flotante la primera quiebra del principio de accesoriedad de la hipoteca, consagrado en nuestro Derecho positivo nada menos que desde la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria. No estoy de acuerdo con esta afirmación. El art. 153 bis LH admite una interpretación de la accesoriedad de la hipoteca flotante plenamente conforme con los arts. 1.207, 1.212, 1.528, 1.857, 1.858 y 1.871 CC, 104 LH y 140 y 179 RH. Es sin embargo cierto que la hipoteca flotante contribuye a horadar el carácter accesorio de la hipoteca, en una tendencia que no es desde luego nueva²³¹.

1.1.5 Las implicaciones de la indiferenciabilidad natural de la hipoteca flotante respecto de los supuestos de pluralidad de fincas o mutación jurídico-real de la finca hipotecada

La indiferenciabilidad esencial de la flotante evita que le sea aplicable la regla del art. 119 LH que obliga, en caso de hipoteca de varias fincas, a especificar la parte del crédito de que cada finca responde²³². Podría invocarse, a este respecto, la doctrina de la RDGRN de 20 de julio de 1999 (RJ 1999/4762) en relación a la ejecución de una hipoteca en garantía de cuatro obligaciones al portador por incumplimiento de una de ellas (y ello aunque el supuesto de la hipoteca del art. 156 LH es distinto de la hipoteca flotante, pues en esta última, falta naturalmente la correlación responsabilidad-deuda). Creo que la tesis de esta resolución es aplicable a la hipoteca flotante (y ello aunque luego criticaré dicha resolución al hilo de la posibilidad de ejecución parcial de la

²³¹ DE LA RICA ARENAL, Ramón: “La obligación personal...”, *op. cit.*, pp. 283 y ss. (en especial, pp. 297 a 303).

²³² RDGRN de 27 de agosto de 1912 (CL 150), en relación a la hipoteca de máximo (no específicamente a la global). CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, *op. cit.*, p. 135.

hipoteca flotante, *vid.* apartado 1.3.2 del Capítulo IX):

“[...] la hipoteca no genera (vid art. 124 y 156.4 de la L.H.) una afección individualizada de cada una de las finca hipotecadas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, como un todo, a favor de todas las obligaciones garantizadas en su conjunto, de modo que cualquiera de los acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las fincas hasta donde alcance su respectiva responsabilidad hipotecaria”.

Pese a que la flotante se encuentra respecto del 119 LH en situación similar a la hipoteca en garantía de emisión de obligaciones del art. 156 LH (a la que tampoco se le aplica), no es posible como luego se verá liberar parcialmente las fincas gravadas por la flotante, ni cualquiera de ellas en su totalidad, en caso de pago parcial del crédito o créditos garantizados como se contempla en el cuarto párrafo del art. 156 LH, y ello porque la hipoteca del art. 156 LH presume una correlación cierta y conocida registralmente entre responsabilidad hipotecaria y deuda, al contrario que la indiferenciabilidad propia de la flotante²³³.

Igualmente, en caso de división de la finca gravada con la flotante, no se distribuirá entre las fincas resultantes el crédito o créditos garantizados (sino en presencia de pacto entre deudor y acreedor), pudiendo el acreedor ejecutar cualquiera de las fincas resultantes por la totalidad de las obligaciones garantizadas. Si el acreedor consintiera la distribución de la responsabilidad inicial entre las fincas resultantes de la división, sólo podrá perseguir cada una de ellas en perjuicio de tercero hasta donde alcance la responsabilidad asignada, pudiendo el acreedor reclamar cualquier parte no cubierta contra las demás fincas que retenga el deudor en su poder (aunque sin preferencia respecto de terceros registrales) (*ex art.* 120 y 121 LH). Para renunciar a la indivisibilidad y para aceptar la liberación de alguna de las fincas en caso de pago parcial, se requerirá adicionalmente el consentimiento de los propietarios posteriores de cada una de las fincas que continúen gravadas, ya que se perjudica su acción de regreso²³⁴ (si se acepta la aplicación a la flotante de la postura tradicionalmente

²³³ AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *op. cit.*, pp. 1.197-1.198. Ídem, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemática de la hipoteca en garantía de deudas fiscales...”, *op. cit.*, p. 6. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 216].

²³⁴ RDGRN de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999/2177).

restrictiva sobre la hipoteca solidaria, que se discute en el apartado 1.1.10 de este Capítulo).

1.1.6 La cláusula de globalización

La aplicación de los principios de accesoriedad y determinación a la hipoteca flotante, aunque de forma matizada, parece hacer imposible constituir la flotante en garantía de “*todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor*” sin mayor precisión. Ni siquiera constituir la en garantía de “*operaciones regulares del negocio bancario*”²³⁵. Se hace imprescindible identificar, al menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda (aunque el artículo se refiera solamente a “*actos jurídicos básicos*”), la “*indicación remotísima de la deuda*” a que se refería GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ²³⁶ o la “*indicación del crédito en sus líneas fundamentales*” aludida en la STS n.º 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484) en torno a la hipoteca de máximo.

Con anterioridad a la Ley 41/2007, la DGRN sólo había admitido la técnica de la globalización de la garantía hipotecaria (esto es, que la hipoteca sirviera de cobertura de varias obligaciones no perfectamente determinadas al tiempo de la constitución) en el caso de las obligaciones derivadas de una concreta (y única) relación jurídica material²³⁷.

Con el art. 153 bis LH, debe admitirse sin dificultad la técnica de la globalización de la garantía por referencia a determinados tipos materiales de actos o negocios jurídicos enumerados en la escritura, tales como las futuras compraventas entre las partes (supuesto controvertido en la RDGRN de 28 de febrero de 1933, RJ 1933/1833), las operaciones de descuento cambiario (RDGRN de 19 de junio de 1936) o los avales o afianzamientos prestados por cuenta del deudor (DGRN de 17 de enero de 1994, RJ 1994/239).

²³⁵ En contra, CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 75, admite que quepa aquí “*todos aquellos típicos de la actividad bancaria*”; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, p. 240. El Colegio de Registradores, en sus “Normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007” rechaza expresiones genéricas del tipo “*y cualesquiera otras obligaciones que pudieran existir entre... y...*” (p. 5).

²³⁶ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca de seguridad” (conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de abril de 1920) en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios...*, *op. cit.*, p. 732.

²³⁷ Obligaciones derivadas de un arrendamiento indefinido (RDGRN de 28 de febrero de 1928, CL 131); de un pacto en relación a un aprovechamiento de aguas (RDGRN de 5 de abril de 1907, CL 9) o de un contrato de crédito en cuenta corriente en el que se refundían, con carácter novatorio, otras obligaciones jurídicas.

La referencia a los “*actos jurídicos básicos*” excluye, a juicio de algunos autores²³⁸, la determinación del crédito garantizado por relación simplemente subjetiva (los créditos de que sea acreedor A respecto de B, justo lo contrario que en la “*cláusula general hipotecaria*” chilena a la que me referí en el Capítulo II). La expresión utilizada en el art. 153 bis LH parece exigir una determinación objetiva, aunque sea por relación. Y, al objeto de minimizar las incidencias en la ejecución (o procedimientos declarativos ulteriores), proponen que la definición efectuada respecto de esos actos jurídicos sea lo más precisa posible.

Con carácter general, se han descrito en la doctrina²³⁹ tres formulaciones de la cláusula de globalización:

- (a) la que incluye en la cobertura un número indeterminado de obligaciones derivadas de una relación jurídica presente o futura descrita en la garantía;
- (b) la que permite la inclusión de un número ilimitado de obligaciones de uno o varios tipos materiales de negocios especificados en la hipoteca (por ejemplo, operaciones de descuento bancario, avales, etc.); y
- (c) la que abarca las ilimitadas obligaciones presentes y futuras que puede contraer el deudor en el ámbito de la concreta actividad comercial del acreedor (por ejemplo, en el ámbito de la “actividad bancaria”).

Habría que añadir a estas tres configuraciones una cuarta (precisamente la recogida en el Derecho chileno) que es la que engloba todas las obligaciones que pueda tener el deudor con el acreedor (cualquiera que sea la causa). Es quizá la segunda postura la más extendida entre los autores respecto de la hipoteca del art. 153 bis LH, esto es, delimitar las obligaciones que pueden gozar de cobertura hipotecaria por referencia a los tipos o clases de negocios jurídicos que se identifican en la escritura.

Frente a una determinación relacionada o enumerativa de los actos jurídicos “generatrices” de las obligaciones a garantizar, algunos autores defienden la bondad de las cláusulas de globalización por referencia a la actividad comercial del acreedor,

²³⁸ CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 75. MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: “La hipoteca inversa en el marco de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario” en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (coord.): *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, IV (*Derechos Reales, Hipotecario y Registral*), Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, p. 1.221.

²³⁹ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 867-868 y 885-886.

mediante la utilización de expresiones como las “*operaciones regulares del negocio bancario*” (RDGRN de 11 de enero de 1995, RJ 1995/186), “*operaciones bancarias*” o similares, llegando en el extremo a las cláusulas “*dragnet*”, “*anaconda*” o “*Mother Hubbard clause*” en el Derecho americano o a la “*cláusula general hipotecaria*” del derecho chileno (mayoritariamente admitidas también por la doctrina alemana sobre la hipoteca de seguridad). Y ello porque, como bien enfatizan CARRASCO PERERA²⁴⁰, CORDERO LOBATO²⁴¹ o MIQUEL GONZÁLEZ²⁴², la determinación enumerativa de los tipos no otorga mejor información a los terceros que la referencia sectorial, ni concreta mejor la deuda que la referencia sectorial, ni atribuye a los terceros potestad para controlar el número o el importe de las operaciones que queden garantizadas mejor o más amplio que el que tendrían en una referencia sectorial. Señalan los dos primeros autores que, por paradójico que pueda parecer, cuanto más amplia sea la descripción de los actos comprendidos (hasta llegar a la “*all sums clause*”), menor será la indeterminabilidad de la obligación que podría poner en peligro la inscripción de la hipoteca (lo que conecta, en efecto, con la afirmación del Tribunal Supremo de que amplitud del objeto del contrato no equivale a indeterminación –STS n.º 148/2000 de 23 de febrero de 2000, Sr. O’Callaghan Muñoz, RJ 2000/1242–). En efecto, en una típica cláusula residual o “de cajón de sastre” (“*todas las obligaciones de X respecto de Y, contractuales o extracontractuales*”) no existe indeterminación alguna conforme al art. 1.273 CC: ni es preciso nuevo acuerdo entre las partes, ni hace falta un acto discrecional de una de ellas para integrar el objeto de la garantía. Tampoco con esa cláusula podría, válidamente, apelarse al art. 1.256 CC para excluir la cobertura o tachar la hipoteca²⁴³: no queda el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, porque todas las posibles obligaciones entre las partes quedan garantizadas por la flotante.

Pero la Ley impone la inclusión en la escritura de la “*denominación*” de las obligaciones llamadas a quedar aseguradas, para el caso de que gocen de tipicidad legal o hayan sido acogidas jurisprudencialmente (por ejemplo, “*hipoteca en garantía de los contratos de leasing, de factoring (con o sin recurso), de préstamo, de créditos (simples o instrumentados en cuenta corriente), etc.*”) o, en otro caso, la descripción de los

²⁴⁰ CARRASCO PERERA, Angel: “La fianza general”, AA. VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Barcelona: J. Bosch, 1993, pp. 1.046 y 1.047.

²⁴¹ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, op. cit., p. 28. Ídem, CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, op. cit., p. 2.

²⁴² MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante”, op. cit., pp. 439-440. Ídem, MUÑIZ ESPADA, Esther: *La propuesta de una hipoteca independiente...*, op. cit., pp. 302, 332-333.

²⁴³ Como hizo, entre otras muchas, la RDGRN de 12 de septiembre de 2003, RJ 2003/6275.

“*actos jurídicos básicos*” de los que puedan resultar dichas obligaciones, lo que seguramente se utilizará por los registradores para excluir la inscripción en base a una mera descripción genérica de la relación jurídica en que surjan (por ejemplo, “*las relaciones bancarias*”), o referencias supragenéricas del tipo “*todas las obligaciones contractuales*”, “*todas las obligaciones con cualquier concepto (o por un concepto)*”, etc.²⁴⁴. Vale la pena indicar, en todo caso, que la expresión “*actos jurídicos básicos*” que incluye el art. 153 bis LH parece querer abarcar más que la de “*negocios jurídicos básicos*” que recogía el Anteproyecto, lo que sin duda debe considerarse dique o contrapeso a una calificación por parte del registrador excesivamente exigente en cuanto a la descripción de los actos o negocios jurídicos, o más ampliamente, de las relaciones económicas o patrimoniales concretas de las que pueden resultar las obligaciones llamadas a quedar garantizadas por la hipoteca global.

Lo que no resulta dudoso es que el término “*actos jurídicos básicos*” se contrapone al de “*relación jurídica básica*” reiteradamente empleado por la DGRN con anterioridad a la Ley 41/2007: no es condición de la flotante la existencia de una relación jurídica ya existente entre las partes, ni desde luego de una “*única*” relación jurídica, que entraría en contradicción con la pluralidad de obligaciones garantizadas, sin nexo causal entre ellas, que admite la flotante bancaria²⁴⁵.

Nuestro Derecho positivo ya contenía, incluso con anterioridad a la Ley 41/2007, la posibilidad de constituir determinadas garantías financieras para aseguramiento de cualesquiera obligaciones presentes y futuras que surgieran a favor de un determinado acreedor. Así, por ejemplo, la redacción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 41/2007 era la siguiente: “*A efectos de lo previsto en la presente disposición se entenderá por garantía cualquier depósito, prenda, operación*”

²⁴⁴ NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Los problemas de las hipotecas flotantes”, *op. cit.*, p. 190; MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, pp. 233-234; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, p. 263 y CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp. 316-317.

²⁴⁵ ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo IX, p. 371: “*En la hipoteca “flotante” del artículo 153 bis, en cambio, la relación jurídica básica ha de definirse, no preexiste*”. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 1.272: “[...] los “actos” evocan más a unas circunstancias más puntuales (dentro de una relación más continuada o fuera de ella) de las que se derivaría la obligación futura. [...] teniendo en cuenta que el nuevo artículo 153 bis LH indica expresamente la necesidad de hacer constar la “descripción general de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”, parece entonces que esos actos también puedan ser futuros”. CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 883-884.

*simultánea, compraventa con pacto de recompra, afección, derecho de retención o cualquier otro negocio jurídico, que recaiga sobre cualquier activo realizable, incluido el dinero en efectivo, y que tenga por finalidad asegurar los derechos y obligaciones derivados de cualquier operación presente o futura, concluida con el Banco de España, el Banco Central Europeo u otro Banco Central Nacional de la Unión Europea”*²⁴⁶.

Es cierto que esas normas se limitaban a garantías financieras, a acreedores singulares (el Banco de España, el Banco Central Europeo u otro Banco Central Nacional de la Unión Europea) y tenían un claro ámbito sectorial. La configuración de la cláusula de globalización por mera referencia a la identidad del acreedor (e, implícitamente, de la identidad del deudor que la norma equipara al constituyente de la garantía, salvo otra indicación) es, de entre todas las posibles, la más generosa. En el apartado 4 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1994 se impone una determinación adicional de la cláusula de globalización, si bien sólo se aplica a las garantías constituidas sobre préstamos o créditos no hipotecarios: para las garantías sobre ese tipo de derechos, no vale tan sólo la determinación por referencia a la identidad del acreedor garantizado, sino que se añade la indicación programática de que las obligaciones aseguradas resulten de “*operaciones concluidas en el ejercicio de sus funciones*”²⁴⁷, procurando así una mayor delimitación sectorial. Pero incluso en este caso, no cabe sino destacar una generosa configuración de la cláusula de globalización

²⁴⁶ En el mismo sentido de reconocer la eficacia de las cláusulas de globalización puede citarse el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de trasposición de la Directiva 2002/CE/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio, encaminada, entre otras finalidades, a la eliminación de incertidumbres en el funcionamiento de los mercados financieros mediante la protección de la robustez de las garantías concertadas en el seno de los mismos incluso en escenarios concursales y paraconcursales, respecto de la totalidad de los derechos de créditos surgidos frente a una determinada contraparte: “*Las buenas prácticas de gestión del riesgo empleadas corrientemente en el mercado financiero deben protegerse permitiendo a los participantes gestionar y reducir los riesgos de crédito inherentes a operaciones financieras de todo tipo sobre una base neta, calculando la exposición actual como la suma de la estimación de los riesgos de todas las operaciones pendientes con una contraparte y compensando las partidas recíprocas para obtener una sola suma global, la cual debe compararse con el valor actual de la garantía*” (Considerando 14 de la Directiva). Sobre la génesis y contexto de aplicación del Real Decreto-Ley 5/2005, véase DÍAZ RUIZ, Emilio y RUÍZ BACH, Salvador: “Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, *La Ley* n.º 6240, 27 de abril de 2005, pp. 1-9 y GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: “Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (coord.): *La reintegración en el concurso de acreedores*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 405-454.

²⁴⁷ Se refiere textualmente este apartado a “[l]a constitución de garantías sobre préstamos o créditos no hipotecarios a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones presentes o futuras contraídas frente a ellos por operaciones concluidas en el ejercicio de sus funciones”.

en las normas positivas (incluso anteriores a la Ley 41/2007) sobre garantías a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea.

La cláusula de globalización por referencia sectorial también puede encontrar apoyo, aunque sea meramente orientativo, en el régimen de protección dispensado a las cesiones de créditos en el contexto de los contratos de *factoring* que caen en el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras. En efecto, dicha norma protege respecto de las rescisorias concursales a las cesiones de créditos realizadas por un empresario a una entidad de crédito o fondo de titulización cuando cumplan una serie de requisitos, entre ellos, que los créditos cedidos “*procedan de su actividad empresarial*” [del cedente], ya existan a la fecha del contrato ya “*nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha*”. La delimitación del ámbito objetivo de la norma de protección de este régimen se hace por referencia a la actividad empresarial de una de las partes (el cedente). Respecto de los créditos futuros (tanto los simplemente futuros como los puramente futuros), la delimitación objetiva es temporal (los créditos que surjan en el plazo de un año desde el contrato de *factoring*). Pero incluso prevé la norma una delimitación meramente subjetiva, ya que protege también la cesión de créditos nacidos de la actividad empresarial del cedente más allá del plazo del año siempre que “*conste [...] la identidad de los futuros deudores*”. Encontramos así, en esta norma de nuestro Derecho, muchas de las técnicas empleadas para la globalización, desde la sectorial, a la temporal y a la meramente subjetiva.

En definitiva, tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado encontramos amplias formulaciones de la cláusula de globalización pero, de todas ellas, la que parece haber acogido el art. 153 bis LH es la que exige la identificación enumerativa de los actos o negocios jurídicos tipo de los que resultarán las obligaciones garantizadas.

Por último, querría en este apartado hacer un distingo entre la cláusula de globalización y lo que se ha denominado “*relación jurídica global*”. Mientras que la primera es la fórmula de identificación o descripción de las obligaciones en garantía de las cuales se constituye la hipoteca, la segunda es la relación contractual que subyace al establecimiento a favor de un determinado acreedor de una hipoteca global. Ya he

enfaticado que la hipoteca del art. 153 bis LH no presupone una relación vinculante de crédito. El acreedor hipotecario global no tiene por qué estar obligado a conceder crédito bajo cualquiera de los negocios jurídicos identificados en la cláusula de globalización y lo más usual será precisamente que no lo esté, ni por referencia a ciertos límites, ni durante un determinado plazo, ni sujeto, en fin, a cualesquiera otros condicionantes, sino al contrario, que cada una de las obligaciones que puedan quedar concertadas entre las partes y beneficiarse de la garantía real sean fruto de los correspondientes acuerdos negociales futuros. Ello sin embargo, no resultaría infrecuente (aunque no es necesario para la válida inscripción de una hipoteca global) que, al tiempo del establecimiento de una hipoteca global, las partes suscribieran algún tipo de acuerdo de colaboración o protocolo de actuación en el que, pese a la inexistencia de un compromiso vinculante de otorgamiento o solicitud de crédito por parte de acreedor y deudor, las partes asumieran determinadas obligaciones encaminadas a facilitar precisamente que tales operaciones finalmente fructifiquen, tales como:

- (a) el ofrecimiento, por parte del acreedor, de condiciones privilegiadas de crédito, por referencia a las de mejor clase, o las aplicables a un determinado tipo de acreditados (singularmente beneficiados por la existencia de una determinada “*vinculación bancaria*” con el acreedor) o a un determinado tipo de operaciones de crédito, de las que el acreedor tenga en cada momento a disposición de su clientela para nuevas operaciones (o, incluso, para refinanciación de obligaciones existentes);
- (b) la asunción por parte del deudor de determinadas obligaciones de información o de planificación temporal de las necesidades de crédito, que pueda a su vez permitir al acreedor dar respuesta célere a las demandas específicas que el deudor formule;
- (c) el establecimiento de determinadas condiciones generales sobre la solicitud, concertación, supervisión y amortización de las concretas operaciones de crédito que puedan surgir entre ambos (estandarización de la información que debe remitirse con cada concreta solicitud de crédito o durante la vida de las existentes en cada momento, periodicidad de los pagos y domiciliaciones, establecimiento de cuentas ómnibus para la llevanza contable de las operaciones, reglas sobre compensación de los saldos de las distintas operaciones, etc.); o

- (d) reglas sobre la cesión de las operaciones concretas o la propia relación jurídica global en el seno del cual surgirán (como requisitos operativos o de solvencia mínimos de los cesionarios, obligación del acreedor de mantener en todo caso una determinada porción mínima de cada crédito cedido o del conjunto de los existentes al tiempo de la cesión, de no diseminar o fragmentar en exceso el riesgo conjunto existente en cada momento con el deudor, etc.).

1.1.7 El derecho de denuncia “pro futuro” en la hipoteca global

Como la flotante sigue siendo accesorio²⁴⁸, la nulidad de los créditos garantizados (de todos ellos), determina la nulidad de la hipoteca (STS de 18 de noviembre de 1993, RJ 1993/9149 y 26 de marzo de 1999, RJ 199/2009), sin que en tal caso pase la hipoteca a garantizar la obligación de restitución *ex arts.* 1.303 CC y ss.²⁴⁹. La extinción de los créditos garantizados (nuevamente de todos ellos) determina la extinción de la hipoteca, sin que pueda sobrevivirles (STS de 2 de diciembre de 1999, RJ 1999/8530). Por último, la extinción parcial de las obligaciones garantizadas (de todas ellas) también afecta a la hipoteca (art. 80.2º LH). La extinción parcial de alguna de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, por el contrario, no se traslada a la hipoteca dada la “indiferenciabilidad” de esta garantía y la regla de la indivisibilidad propia de la hipoteca. Todo lo anterior, obviamente, se aplica únicamente a la hipoteca flotante en garantía de obligaciones determinadas (presentes y/o futuras), y no a la flotante global en la que, por definición, pueden surgir en cualquier momento (salvo que hubiera sobrevenido ya el plazo final de la hipoteca establecido en la escritura) nuevas obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la garantía.

No comparto, por ello, la tesis²⁵⁰ de que el deudor no tiene el derecho a exigir al acreedor la cancelación de la hipoteca flotante si no ha transcurrido aún el plazo de duración de la hipoteca aunque todas las obligaciones presentes garantizadas estén satisfechas y aunque todas las restantes obligaciones futuras garantizadas por la hipoteca sólo puedan generarse en virtud de un nuevo pacto entre el deudor y el

²⁴⁸ BADÁS CODEJÓN, Néstor: “Cómo no hundirse con una hipoteca flotante” en *La Gaceta del Lunes*, 28 de enero de 2008, p. 22.

²⁴⁹ Véase la STS n.º 622/2001 de 20 de junio de 2001 (Sr. Gullón Ballesteros) (RJ 2001/4346). Por excepción, aunque la hipoteca sea nula por falta de causa, el cesionario del crédito hipotecario que goce de la condición de tercero hipotecario del art. 34 LH puede beneficiarse de la hipoteca (STS 1141/2004 de 23 de noviembre de 2004, Sr. Romero Lorenzo, RJ 2004/7553).

²⁵⁰ DELGADO RAMOS, Joaquín: “Cómo hundirse...”, *op. cit.*; MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante” *op. cit.*, p. 154; PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 270.

acreedor (o dependan, al menos, de la prestación de consentimiento negocial por el deudor). Pues, aunque es cierto que una hipoteca flotante puede cubrir obligaciones futuras que deriven de una relación jurídica aún no nacida, en la medida en que el nacimiento de esas relaciones jurídicas implique el consentimiento del deudor y del acreedor, la mera exclusión firme e irrevocable por las partes (o de una de ellas) de su voluntad de perfeccionar esas relaciones jurídicas imposibilita su nacimiento y, con ello, el devengo de las obligaciones futuras acordadas.

Es obvio que el acreedor puede negarse a cumplir voluntariamente con su deber de cancelar, igual que puede hacerlo el acreedor de un préstamo garantizado por hipoteca de tráfico al que se le ha satisfecho íntegramente la deuda, debiendo en tal caso el deudor requerir el auxilio judicial, conforme a lo previsto en el art. 82.III LH. También estaría disponible el recurso al art. 698.2 LEC que incluye entre las reclamaciones objeto del mismo las que versen sobre *“la nulidad del título, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda”* y que permitiría, si el tribunal *“estima bastantes las razones que se aleguen”* no sólo la retención de todo o parte de la cantidad que en el procedimiento de ejecución haya de entregarse al acreedor, sino también la anotación preventiva de demanda en el registro de la propiedad que no se cancelará en virtud del mandamiento de cancelación al que se refiere el art. 133 LH en caso de ser anterior a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas (art. 131 LH). Es cierto, no obstante que sin el auxilio del acreedor, el deudor o propietario puede encontrarse en la dificultad de probar un hecho negativo²⁵¹ (art. 238 RH en relación con el art. 240 RH). Pero si bien se mira, la situación aquí es semejante, que no peor, que en la hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición del art. 142 LH²⁵²: en tanto persista la incertidumbre que determina el nacimiento o no de la obligación asegurada, no se puede compeler al acreedor a que cancele la hipoteca; *a sensu contrario*, una vez cumplida la condición resolutoria o incumplida la condición suspensiva, incluso aunque la hipoteca se haya pactado de forma indefinida, o por un plazo aún distante, el acreedor está obligado a cancelar la hipoteca (con independencia

²⁵¹ RDGRN de 14 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

²⁵² A esto se referían GALINDO DE VERA y DE LA ESCOSURA y ESCOSURA en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, Madrid: Escuelas Católicas, 1899-1900, vol. III, p. 351 cuando criticaban que el 142 LH se hubiera separado de sus precedentes: *“si el contrato se realiza, siempre perjudicará al tercero y, siempre, si el cumplimiento de la obligación futura no se realiza, la inscripción ha de ser una amenaza perpetua contra los que después quieran contratar con el hipotecante, que, para cancelar la inscripción, necesitará un pleito ordinario, si no se aviene el que contrató, y si asegura que piensa en realizar la estipulación más adelante”*.

de si obra o no en poder del deudor material probatorio suficiente para instar él mismo la cancelación).

Para salvar esta dificultad, CORDERO LOBATO propone que se incluya siempre en la hipoteca global el derecho del deudor a desistir “pro futuro” de las obligaciones garantizadas por la hipoteca (o sea, a extinguir por anticipado la posibilidad de que nazcan las relaciones jurídicas de las que se desprenderán obligaciones garantizadas con la flotante) y, en esta medida, poder conseguir la extinción anticipada de la hipoteca flotante²⁵³. En mi opinión, incluso en ausencia de acogimiento convencional de tal derecho de desistimiento, el principio de accesoriedad de la garantía debería imponer idéntica consecuencia (por más que con o sin pacto, el acreedor pueda llegado el caso discutir la cancelación anticipada de la garantía, abocando al deudor a ventilar su pretensión en un pleito)²⁵⁴. Para evitar cualquier duda, no obstante, será prudente incluir en las escrituras de constitución un derecho de desistimiento. Es obvio que este derecho de desistimiento no podría hacerse valer existiendo obligaciones garantizadas por la hipoteca nacidas pero pendientes de vencimiento o cuya afloración no dependa exclusivamente del consentimiento de acreedor y deudor. Es decir, sólo podrá usarse cuando no exista riesgo alguno de cristalización de cualquiera de las obligaciones aseguradas por la flotante.

No es posible justificar el derecho de denuncia en el carácter indefinido del vínculo, y en el principio general de nuestro Derecho de que nadie se puede obligar

²⁵³ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, *op. cit.*, pp. 115 a 119 y 195 y ss. CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 878-879. Vale la pena aquí hacer el paralelismo con la postura de las jurisprudencias alemana e italiana en relación a la fianza global: la consideran válida siempre que, si tiene carácter indefinido, se atribuya al fiador la posibilidad de denuncia unilateral pro futuro (Cassazione 31 de agosto de 1984, Foro ital., 1985, Vol. I, Col. 514). El derecho a la resolución *ad nutum* del deudor es, asimismo, coherente con la opción de política legislativa preconizada en el ámbito europeo respecto del derecho del deudor al reembolso anticipado del crédito: “[...] resulta indispensable establecer algunas normas a nivel de la Unión por lo que se refiere al reembolso anticipado del crédito, con vistas a ofrecer al consumidor la posibilidad de liquidar sus obligaciones antes de la fecha fijada en el contrato de crédito y permitirle buscar los productos que mejor se ajusten a sus necesidades. Resulta, por tanto, oportuno que los Estados miembros, ya sea mediante disposiciones legales o mediante cláusulas contractuales, velen por que el consumidor goce del derecho legal o contractual al reembolso anticipado” (Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31.3.2011 COM (2011) 142 final 2011/0062; Considerando (32); Aprobada por el Parlamento de la Unión Europea el 10 de diciembre de 2013. En el Capítulo II expuse que el art. 2.423 del Código civil francés también recoge desde 2006 el derecho de desistimiento o redención del propietario cuando la hipoteca se constituye sin plazo en garantía de una o más obligaciones futuras.

²⁵⁴ En idéntico sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 440 y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, p. 198.

indefinidamente²⁵⁵, ya que el art. 153 bis LH exige el establecimiento del “*plazo de la hipoteca*” (como se describe más en detalle en el apartado 1.5 siguiente). Pero este derecho es perfectamente coherente con el carácter abierto de una hipoteca flotante pura o global y se justifica en la causa económica de este tipo de garantía, que es la generación de crédito a favor del deudor (tanto si el deudor es el propietario como si no lo es). De ahí que si por acción del acreedor, del deudor o de tercero se excluye irremediabilmente la generación de esas operaciones de crédito llamadas a quedar cubierta, se frustra definitivamente la causa de la garantía y, en consecuencia, queda facultado el deudor para exigir su cancelación.

La posición de la DGRN en contra de la hipoteca global se ha asentado, en gran parte, en la consideración de que constituye una anticipación de un gravamen sin interés legítimo, en la medida que bloquea esferas del patrimonio del deudor, en garantía del acreedor hipotecario, incluso en el caso de que la obligación garantizada no llegue a existir nunca (puesto que el acreedor hipotecario no asume, por la constitución del gravamen, la obligación de prestar o contratar en el futuro), constituyendo así un vínculo inútil que menoscaba el crédito territorial del hipotecante. Se ha dicho también que perturba irrazonablemente el tráfico inmobiliario: el deudor queda “encadenado” al acreedor hipotecario que gana así margen de maniobra, por la mera constitución de la hipoteca flotante, para imponer condiciones peores en las operaciones futuras que, de concertarse, quedarían cubiertas por la garantía (toda vez que el acreedor es consciente de las antieconomías derivadas de la cancelación y constitución de hipotecas nuevas en favor de los nuevos acreedores) (*tying practice*).

Estas objeciones sólo son atendibles presuponiendo la minoría de edad del deudor: el hipotecante razonable hace (o debería hacer) un cálculo racional sobre las probabilidades de que se concierten las operaciones futuras, el importe probable de las mismas y el plazo en que podrán generarse. Sería absurdo que concediera una hipoteca flotante por una responsabilidad de 1000 para cubrir negocios durante los próximos 200 años si únicamente prevé hacer operaciones con el acreedor hipotecario por importe máximo de 5 en los próximos 2 años. Tampoco obraría rectamente el acreedor hipotecario que solicitara el otorgamiento de una hipoteca global por plazo de 5 ó 10 años si tiene la convicción de que no va conceder al deudor más crédito que el inicial que justifica el otorgamiento de la hipoteca. El deudor trata de maximizar sus recursos y

²⁵⁵ Véase por ejemplo la STS 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2224).

disponerse en condiciones de generar el mayor nivel de crédito al menor coste y, a ambos fines, contribuye o puede contribuir positivamente la flotante. Es verdad que el deudor puede equivocarse en ese cálculo (porque, en última instancia, la generación de ese crédito futuro también depende del consentimiento del acreedor hipotecario que incluso podría cambiar su percepción del riesgo subyacente o su posición en ese mercado por circunstancias completamente exógenas al deudor, al bien hipotecado, al mercado inmobiliario, etc.), pero eso hará simplemente su cálculo erróneo, no ilegítimo ni reprochable en un sistema que, como el nuestro, prima la autonomía de la voluntad. En este sentido, el efecto no sería muy diferente al de la hipoteca unilateral en garantía de una obligación futura que no llega a contraerse.

Saliendo al quite de la objeción, algunos autores han propuesto *de lege ferenda* limitar la eficacia de la hipoteca global únicamente respecto de aquellas obligaciones de las cubiertas por la cláusula de la globalización de cuyo nacimiento se haya dejado constancia registral a través de nota marginal (sugiriendo, al tiempo, que el procedimiento para conseguir dicha nota marginal debería ser flexible y su coste bajo para que no se convirtiera en un nuevo obstáculo a la accesibilidad del crédito al deudor)²⁵⁶. De esta forma, sólo gozarían de la preferencia en que la hipoteca consiste los créditos llamados a quedar cubiertos por la hipoteca de cuya afloración o nacimiento se deje constancia en el registro (aun cuando no necesariamente de la determinación concreta de su importe), pudiendo los acreedores posteriores y, en general, los titulares registrales anteriores a la anotación marginal respecto de cualquier crédito cubierto en la cláusula de globalización “desconocer” o “desconsiderar” la eficacia de la hipoteca respecto de dichos créditos.

No puedo compartir en absoluto la propuesta. La agilidad del tráfico y la constancia registral del nacimiento de todas y cada una de las obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la garantía están reñidas. Para que la hipoteca flotante en garantía de obligación u obligaciones futuras determinadas o la hipoteca global sea capaz de prestar al tráfico mercantil la utilidad que se desea, resulta imprescindible evitar la necesidad de que la realidad registral sea reflejo absoluto y constante de la realidad

²⁵⁶ RAJOY BREY, Enrique: “La hipoteca: análisis económico y social de una preferencia” [en línea], Ponencia presentada en el XV Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Fortaleza (Brasil), noviembre de 2005 <<http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Rajoy.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2013], p. 10. Sorprende la sugerencia, porque la integración extrarregistral en la ejecución de las hipotecas de seguridad ha sido absolutamente pacífica (GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales...”, *op. cit.*, p. 226).

extrarregistral so pena de perder o ver limitada la eficacia de la garantía. El nacimiento, el pago, la extinción, la cesión o cualquier otra circunstancia que afecte a los créditos llamados a quedar cubiertos por la hipoteca flotante puede perfectamente producirse al margen del registro, sin que eso comprometa la prioridad, la eficacia y la preferencia de la hipoteca para el caso de que alguno de ellos resulte finalmente incumplido y el acreedor hipotecario desencadene la ejecución. Además, la exuberancia registral no protege más o mejor a los terceros: el conocimiento de las obligaciones que en cada momento “amenazan” el bien hipotecado que derivaría de la exigencia del reflejo tabular de su nacimiento (y/o de su extinción) en la fecha en la que inscribieran o anotaran sobre el bien otros derechos no les pondría a salvo respecto de cualquier obligación posterior llamada a quedar cubierta por la garantía (ni siquiera respecto de esas obligaciones anteriores cuyo reflejo tabular se haga tras la inscripción o anotación de su derecho) y ello porque lo contrario equivaldría a otorgar al hipotecante o a los terceros el derecho a “inutilizar” la garantía hipotecaria a su voluntad (por ejemplo, vendiendo o constituyendo derechos reales sobre el bien hipotecado o trabando embargo) o a limitar su eficacia respecto de cualquier obligación que surgiera tras la inscripción o anotación de tales derechos, en oposición al principio absoluto de la eficacia *erga omnes* de las garantías reales del que, naturalmente, participa la hipoteca del art. 153 bis LH. La inscripción de la hipoteca (y también de la hipoteca flotante) tiene carácter constitutivo; pero tiene sólo carácter declarativo la inscripción de cualquier vicisitud del crédito o créditos asegurados (incluyendo, obviamente, su nacimiento). El tercero que adquiere el bien hipotecado o un derecho real sobre el mismo está avisado, desde la misma inscripción de la hipoteca flotante en garantía de obligación futura determinada o de la hipoteca global, de que puede llegar a amparar esa obligación futura determinada o esas obligaciones incluidas en la cláusula de globalización que surjan durante el plazo de la garantía, ya ocurra esto antes o después de la inscripción o anotación del derecho del tercero, y tanto si se ha procurado y conseguido constancia registral del nacimiento de esas obligaciones como si no. Si esto es así respecto de la hipoteca de tráfico (véanse al respecto las referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el derecho de ejecución, incluso a través del ejecutivo hipotecario, del cesionario del crédito hipotecario no inscrito en el apartado 7.2 posterior), no veo razón para que no aplique igualmente respecto de la hipoteca flotante. Lo contrario significaría hacer de peor condición la hipoteca flotante que la de tráfico (respecto a la seguridad que ofrece al acreedor) lo cual no es lo que el legislador ha

querido en la Ley 41/2007 (*vid.* los apartados de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 analizados anteriormente).

Aunque ninguna de esas tachas era, en mi opinión, atendible antes de la Ley 41/2007, ahora ya sí que no cabe duda alguna. El legislador presupone la existencia de un interés legítimo suficiente en la constitución de una hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras derivadas de relaciones aún no concertadas y ello aunque esas relaciones jurídicas puedan no llegar nunca a materializarse. Y lo hace de forma general, sin imponer plazo máximo al gravamen (dejándolo a la libertad contractual), ni exigir plazo máximo para la materialización de las relaciones jurídicas, ni fijar ninguna otra correlación necesaria entre el plazo de la hipoteca y el plazo máximo de generación de las relaciones jurídicas. Ni siquiera impone la concesión al deudor de un derecho de desistimiento *ad nutum* “pro futuro” como elemento natural de estas hipotecas, nuevamente porque presupone que el deudor no va a aceptar condiciones de plazo de hipoteca, responsabilidad máxima cubierta, etc. absolutamente incongruentes con su cálculo de probabilidades. Y sin que ello deba interpretarse como que la Ley acepte el “*encadenamiento*” irremediable del deudor en situaciones de imposibilidad metafísica de generación de todas las obligaciones futuras garantizadas; antes al contrario, el principio de accesoriedad de la hipoteca debería permitir al deudor compeler al acreedor a cancelar la carga en esos casos. No puede dejar de apuntarse, sin embargo, que al optar por esta flexibilidad, se da algo de pábulo a los que, tanto antes como después de la Ley 41/2007, han criticado a la hipoteca flotante precisamente por fomentar una atadura o vínculo difícil de romper entre el deudor y un único acreedor hipotecario, que restringe la competencia entre los acreedores profesionales: la hipoteca del art. 153 bis LH “*sin facilitar realmente que bajo una misma hipoteca puedan coexistir diversas obligaciones a satisfacer por el deudor a distintos acreedores a su elección, fomenta aún más el aumento de deuda con una misma entidad de crédito*”²⁵⁷.

Algunos autores han fomentado una interpretación de nuestra hipoteca flotante como modalidad (siquiera embrionaria) de una “hipoteca independiente” en Derecho español, una hipoteca que sirve, en última instancia al deudor (y no al acreedor) y que, por eso, es susceptible de movilización por el deudor incluso ante la objeción del

²⁵⁷

NASARRE AZNAR, Sergio: “La insuficiencia de la normativa actual...”, *op. cit.*, pp. 127-128; DíEZ GARCÍA, Helena: “Las «recargas»...”, *op. cit.*, p. 18. Por el contrario, CANALS BRAGE entiende que la agilización del procedimiento de subrogación es paliativo suficiente de ese natural efecto de “fidelización” (CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, *op. cit.*, p. 84 y 85).

acreedor hipotecario originalmente nombrado. Y no parece inconveniente, sino más bien lo contrario, permitir al deudor movilizar la hipoteca flotante (en especial, en la modalidad pura o global) a favor de un acreedor distinto del inicialmente designado (el titular registral) en los casos en los que, pese a la previsión o la expectativa inicial, el acreedor no esté concediendo crédito futuro llamado a quedar integrado en la cobertura (cualquiera que sea la causa). La subrogación del acreedor a instancia del deudor, en los términos del art. 1.212 CC o, más concretamente, en los términos de la Ley 2/1994 se configura así como un mecanismo altamente aconsejable en relación a la hipoteca flotante, que permitiría así combatir el argumento sobre el “*efecto encadenamiento*” del deudor que tradicionalmente se ha esgrimido frente a la hipoteca global.

Es interesante destacar que, en la génesis legislativa del art. 153 bis LH, se consideró de forma expresa en un primer momento el reconocimiento del derecho de cancelación anticipada de la hipoteca. Así, en el Anteproyecto se recogía el siguiente inciso en la redacción propuesta para el art. 153 bis LH:

“Asimismo, deberá regularse el derecho de cancelación anticipada por parte del acreedor, previo pago o cancelación de las obligaciones garantizadas y de las compensaciones establecidas contractualmente para el supuesto de ejercicio de este derecho”.

Era, sin embargo, una regulación de escasa utilidad porque se recogía como derecho del acreedor, en lugar de como obligación del acreedor, que habría comportado el correlativo derecho del deudor. Además, se ligaba únicamente al caso de pago o extinción de las obligaciones garantizadas, sin contemplar, por tanto, los supuestos realmente polémicos como serían los de no concertación o no afloración de las obligaciones futuras llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca. Por ello, añadía muy poco al principio general de que cualquier acreedor puede libremente cancelar la hipoteca cuando guste (estén o no pendientes de cumplimiento las obligaciones aseguradas), sometido únicamente a las reglas generales de acreditación de la libre disposición del acreedor, tracto registral, etc. Y quizá por ello fue eliminado en el trámite parlamentario y en la redacción final del art. 153 bis LH.

Se ha dicho que para que la hipoteca flotante del art. 153 bis LH pueda superar con solvencia la crítica de que constituye una inaceptable práctica de vinculación forzosa (“*tying practice*”) es preciso defender el derecho omnímodo del deudor a la movilización de la hipoteca flotante, a la reutilización de una hipoteca flotante a favor

de un acreedor distinto del original (al modo, por ejemplo, que el Derecho positivo francés reconoce en la hipoteca recargable), incluso en el caso de que el acreedor inicial tenga una legítima objeción a tener que compartir la garantía con otro acreedor²⁵⁸.

Puedo desde luego compartir el impulso, de *lege ferenda*, a la modelización de los casos o las situaciones en las que se reconozca al deudor el derecho a poner la garantía a disposición de uno o más acreedores distintos del nombrado inicialmente, por ejemplo, para beneficiarse de una política más agresiva de concesión de crédito o de concesión de crédito más barato por parte de nuevos competidores bancarios o de competidores más eficientes, siempre que ello vaya acompañado de una adecuada protección del acreedor inicial (por ejemplo, para reservar a su favor hipoteca suficiente en el caso de que no sea legal o contractualmente posible la subrogación del nuevo acreedor en todos los riesgos del acreedor inicial que se estén favoreciendo de la cobertura hipotecaria). Pero incluso antes de que se realice cualquier modificación legislativa en esa dirección, es obvio que son de aplicación la exigencia de la buena fe o la proscripción del abuso de derecho en la actuación de las partes de una hipoteca flotante. Y por eso, aunque la hipoteca flotante se establece desde luego a favor del acreedor hipotecario, sería reprochable que éste cancelara o redujera la hipoteca global cuando decaiga su interés en conceder crédito futuro (llamado a quedar cubierto con la hipoteca), si el deudor hipotecario tiene un legítimo interés en que la hipoteca se mantenga para viabilizar la reutilización por otro acreedor dispuesto a extenderle crédito futuro (y así evitar los costes de su cancelación y nueva constitución o la pérdida de rango implícita que tales operaciones suponga), salvo obviamente que dicha cancelación o reducción reporte al acreedor alguna utilidad.

Y, en todo caso, para apartar la crítica de la vinculación injustificada, nada tan expeditivo como el reconocimiento del derecho del deudor a exigir la cancelación de la hipoteca flotante cuando su mantenimiento a beneficio único del acreedor original resulta inicuo (por ejemplo, porque no es posible la generación de crédito futuro del acreedor inicial llamado a quedar cubierto por la garantía), incluso en el caso de que la escritura de constitución de hipoteca no proclame expresamente este derecho del deudor. Ello se impone, además, como corolario del derecho de desistimiento o reembolso anticipado que se reconoce de forma expresa (en cuanto a las relaciones

²⁵⁸ Véase la tesis de BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, que se analiza en el apartado 1.2.2 de este Capítulo. Ídem MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, pp. 209-210.

crediticias), no sólo en relación a los consumidores (87.6 LGDCU; art. 25 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010), sino incluso a “*pequeños empresarios*” (personas jurídicas que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades, *ex art. 7* de la Ley 41/2007), amén de poder llegar a ser una exigencia de los principios generales de actuación de buena fe y proscripción del abuso de derecho (art. 7 CC). Recordemos que el derecho de “rescate” de la hipoteca que forma parte de las recomendaciones del grupo de trabajo sobre la Eurohipoteca o del Subcomité de Garantías del *Forum Group on Mortgage Credit* de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea a las que referí en el Capítulo I puede articularse tanto como un derecho a la movilización de la garantía real por parte del deudor a favor de un nuevo acreedor, como mediante un derecho a la cancelación de la hipoteca cuando ya no resulta de interés para el cliente.

Por otra parte, tal y como se analiza en los Capítulos VII, X y XI siguientes, un crédito hipotecario existente cubierto por una hipoteca flotante o una hipoteca global es susceptible de reutilización por el deudor (incluso sin la aquiescencia del acreedor hipotecario inicial) mediante el mecanismo de la subrogación de los arts. 1.211 CC ó 4 de la Ley 2/1994, si bien en esta última el *solvens* habrá de satisfacer al *accipiens* cuantos préstamos o créditos hipotecarios existan al tiempo de la subrogación sobre la misma finca (“*todos ellos*”, exige ahora el segundo párrafo del art. 2 de la Ley 2/1994, aunque refiriéndose exclusivamente a los préstamos y a los créditos, y no a cualquier otro tipo de obligación hipotecaria a favor del *accipiens* sobre la misma finca).

No parece arriesgado afirmar que el expediente específico de la subrogación de acreedor en relación con préstamos (y, quizá, los créditos) bancarios de la Ley 2/1994 o el genérico del art. 1.211 CC no atribuyen al deudor un poder de “reutilización” de la garantía real comparable al que concede en art. 2.422 del Código civil francés que examinaba en el Capítulo II. Por un lado, porque en la subrogación sujeta a la Ley 2/1994 se concede al *accipiens* un derecho de enervación de la subrogación que le permite desactivarla simplemente igualando la oferta del aspirante a sucederle en la parte activa de la obligación. Y por otro, porque la regulación del art. 1.211 CC es demasiado parca como para ofrecer suficiente seguridad jurídica al *solvens* en los casos

en los que el *accipiens* no preste colaboración (por ejemplo, para que el *solvens* tenga absoluta certeza sobre el saldo de la deuda hipotecaria). Y a ello hay que añadir que la información sobre la deuda que resulta del registro (que es plenamente accesible al *solvens*) no tiene por qué coincidir con la realidad de la deuda (circunstancia ésta común en las hipotecas ordinarias o en las de seguridad, pero que se exagera en las hipotecas globales) y esa probable disparidad (o probable incertidumbre) no facilita la subrogación en ausencia de colaboración del *accipiens*. Pero si el deudor en una hipoteca ordinaria o de tráfico se enfrenta a estas limitaciones o condicionamientos en nuestro Derecho positivo para la “reutilización” de la hipoteca a favor de un nuevo acreedor, no se ve por qué hay que forzar la interpretación para otorgar al deudor de una hipoteca flotante del art. 153 bis LH mayor o mejor poder o margen para reutilizar esa hipoteca flotante que el que le corresponde para reutilizar una hipoteca ordinaria o de tráfico. Por todo ello, entiendo que no se puede hacer respecto de la hipoteca del art. 153 bis LH una tacha o acusación general por fomentar una vinculación o atadura injustificada del cliente (o del consumidor, para el caso de que lo sea) con el acreedor hipotecario y ello aunque la movilización de la garantía real por parte del deudor a favor de un acreedor distinto en el caso de que no queden en ese momento créditos garantizados vivos (sino sólo créditos puramente futuros llamados a integrarse en la cobertura hipotecaria, de surgir), se enfrente a algunas objeciones relevantes, principalmente a consecuencia de las servidumbres del principio de accesoriedad del que la hipoteca flotante también participa o del funcionamiento del derecho de avance de puesto de los acreedores posteriores que nuestro ordenamiento jurídico acoge (en el Capítulo X se elabora esta idea).

Algunos autores entienden que no pueden quedar cubiertos por una hipoteca flotante las obligaciones derivadas de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor²⁵⁹, ni los créditos contra el deudor cedidos al acreedor hipotecario por tercero, porque esto supondría dejar al arbitrio del acreedor la determinación de las obligaciones aseguradas y porque no cabe entender implícito en el consentimiento negocial fundacional de la hipoteca flotante que ésta pueda cubrir todas las deudas del deudor (incluso con terceros) por efecto de la acción subrogatoria del acreedor (*ex art. 1.211 CC, por ejemplo*)²⁶⁰. Además, se dice que cualquiera de estos

²⁵⁹ RDGRN 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722).

²⁶⁰ Salvo con el consentimiento del hipotecante, *vid.* PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 283.

créditos habrá nacido sin garantía hipotecaria, lo que obviamente debería haber tenido su influencia en el sinalagma del negocio. Se podría considerar injusto, en tales casos, la extensión sobrevenida de la protección hipotecaria manteniéndose los términos y condiciones del crédito (el acreedor se encuentra de repente a cubierto del riesgo de insolvencia del deudor, por ejemplo, sin que para ello deba aceptar una rebaja en la onerosidad de la obligación para el deudor). Se alega, por último, que es contrario a la exigencia de la buena fe pretender cubrir con la hipoteca flotante riesgos de terceros: el riesgo que debería permanecer en el cedente se traslada al hipotecante mediante el mecanismo de la cesión de crédito al acreedor hipotecario flotante.

Ninguno de los dos supuestos repugna, si quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante y, además, se admite expresamente la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías. En algunas operaciones bancarias, éste es precisamente el caso típico, como en la concesión de una línea de descuento de papel comercial del hipotecante, o de endoso de títulos valores. Tampoco debería haber objeción para integrar en la garantía obligaciones en las que el hipotecante responden como fiador y no como deudor (nuevamente, con tal de que se haya previsto expresamente). En relación a la cuita sobre la modificación sobrevenida del sinalagma convencional, no creo que el deudor tenga derecho a aplicar la teoría de la modificación repentina de las condiciones para excusar el cumplimiento o imponer el reequilibrio del sinalagma del crédito. Al fin y al cabo, no se encuentra en situación muy diferente del vendedor al que se descontó o retuvo parte del precio en atención a la existencia de una hipoteca sobre la finca vendida *ex art. 118 LH* en caso de pago de la deuda garantizada: su derecho de pedir, antes puramente obligacional, adquiere protección hipotecaria por actos del propio deudor –ahora acreedor– (el pago). Y pasa igualmente, en los sistemas latinos de avance de puesto, cuando la obligación garantizada con hipoteca de mejor rango se extingue o la hipoteca se cancela y el acreedor de peor rango avanza (a pesar de que el sinalagma del contrato se haya acordado cuando el rango hipotecario disponible era peor).

Se ha dicho también que la hipoteca global o flotante no debería servir de cobertura a obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados o a obligaciones nacidas aún no vencidas, sino únicamente a obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros y ello porque si el acreedor contrató sin garantía (con el correspondiente efecto en el sinalagma contractual), no puede entenderse que en la

constitución de la flotante la intención de las partes (en especial, del deudor) fuese la de cubrir obligaciones antes no garantizadas²⁶¹.

Todos estos debates, sin embargo, se han resuelto dado que en la configuración de la hipoteca flotante finalmente acogida, se admite expresamente la cobertura de obligaciones nacidas pero no vencidas o de obligaciones futuras derivadas de negocios suscritos o de negocios a suscribir. Tampoco se ve objeción alguna a la cobertura de obligaciones vencidas²⁶², pero impagadas (otra cosa sería la impugnabilidad de esa hipoteca ante el ejercicio de las acciones rescisorias concursales o extraconcursales).

1.1.8 Hipoteca global: la (des)protección de los titulares intermedios

Con alguna intención de demonización de la figura, se ha afirmado que la indiferenciabilidad o flotabilidad propia de la flotante entraña, en última instancia, una posibilidad de recarga de la hipoteca. Y es verdad, si estamos empleando el término “recarga” en una acepción económica o amplia²⁶³. Y más aún, una recarga sin sujeción a alguno de los requisitos que, en beneficio y protección de los terceros registrales, parecerían haberse establecido en el artículo 4 de la Ley 2/1994 en la modificación introducida por la Ley 41/2007. Admitido que pueda establecerse una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, no del todo determinadas, por supuesto que sería posible utilizar una flotante para conseguir el mismo efecto que en la recarga de una hipoteca ordinaria o de tráfico, sin quedar sujeto a las limitaciones que resultan del ininteligible inciso “*excepto cuando impliquen [...] la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*” del art. 4 de la Ley 2/1994 en caso de existencia de terceros registrales al tiempo de la recarga.

²⁶¹ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, *op. cit.*, p. 131. CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, p. 887, aunque admiten la integración en la cobertura mediante constancia expresa de esa posibilidad.

²⁶² La DGRN se ha pronunciado sobre la posibilidad de novar modificativamente obligaciones ya vencidas. *Vid.* RRDGRN de 24 de noviembre de 2009 (La Ley 237746/2009), 6 de mayo de 2010 (La Ley 67023/2010), 19 de julio de 2012 (La Ley 147726/2012) y 15 de julio de 2013 (BOE n.º 229, de 24 de septiembre, pp. 77048 y ss.). VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 23 (julio-septiembre 2009), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/23/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013], Apto. 1 y n.º 17, *op. cit.*, Apto. 17.

²⁶³ BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 13; ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, Luis: “La novación de préstamos hipotecarios...”, *op. cit.*, pp. 299-300. En el mismo sentido, enmienda de supresión n.º 17 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: “*En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como “hipoteca recargable” dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares supondrá un fomento del endeudamiento familiar con incremento del riesgo de perder la vivienda habitual*” (BOCG n.º 130, de 6 de noviembre de 2007, Senado, VIII Legislatura, Serie II).

Voy a tratar de justificar a continuación por qué una hipoteca flotante del art. 153 bis LH puede permitir conseguir los mismos efectos que una ampliación del principal de un préstamo bancario conforme a la Ley 2/1994 con más provecho, o menos limitaciones, que si se hiciera una ampliación de principal sujeta a la Ley 2/1994:

- (a) Mientras que la ampliación del principal de un préstamo hipotecario bancario efectuada al amparo del art. 4 de la Ley 2/1994 no provocará la alteración o pérdida del rango hipotecario de la hipoteca inscrita, *“excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”*, en una flotante otorgada en garantía de un préstamo hipotecario existente *“y de los préstamos que se concierten entre el propietario y el banco dentro de los 5 años siguientes”* (por utilizar la expresión empleada en su modelo por una conocida entidad bancaria, anteriormente caja de ahorros), podrá perfectamente el acreedor hipotecario conceder un nuevo préstamo, una vez amortizado total o parcialmente el primero, que vendrá a disfrutar de la totalidad de la hipoteca, sin pérdida de rango, incluso aunque existan terceros hipotecarios al tiempo del otorgamiento del segundo préstamo (la recarga) e incluso aunque se produzca una ampliación del plazo del préstamo [originario]. Si se ampliara la responsabilidad hipotecaria, lógicamente, el tercero tendría algo que decir (tanto en la ampliación de una hipoteca flotante, como en una recarga de una hipoteca ordinaria conforme a la Ley 2/1994).
- (b) La “recarga” efectuada a través de una flotante global también aventaja a la de la Ley 2/1994 en que esta última se refiere a préstamos o, en el mejor de los casos, a préstamos y créditos, pero no a ninguna otra operación bancaria (aunque suponga financiación)²⁶⁴.
- (c) Y también supera la recarga efectuada a través de una hipoteca flotante a la recarga del art 4. de la Ley 2/1994 en el tratamiento fiscal: la recarga de una hipoteca ordinaria efectuada conforme al art. 4 de la Ley 2/1994 precisa ser

²⁶⁴ Sobre si es posible una recarga de créditos al amparo de la Ley 2/1994 véase AZOFRA VEGAS, Fernando y PÉREZ DE LA SOTA, Fernando: “La reordenación de los sindicatos bancarios hipotecarios sin pérdida de rango” en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, Las Rozas, Madrid: La Ley, 2010, pp. 708-711 (con posiciones doctrinales a favor y en contra). La DGRN se ha pronunciado a favor, siempre que se trate de créditos dispuestos completamente o cuyo plazo de disposición haya vencido, y que no permitan redistribución (*revolving*) (resoluciones citadas en el trabajo anterior). Entre los autores que han promovido una aplicación extensiva de la Ley 2/1994 a créditos e incluso otros negocios asimilados, véase, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable...”, *op. cit.*, pp. 1.157 y ss.

inscrita para poder ser oponible a los terceros (art. 144 LH), lo cual, a su vez, obliga a su constancia en título auténtico (escritura pública, ejecutoria o documento administrativo auténtico conforme al art. 3 LH). Su constancia en escritura pública desencadena el cumplimiento de los requisitos que generan el devengo del Impuesto de Operaciones Societarias, Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (Modalidad Actos Jurídicos Documentados, “AJD”) conforme al art. 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (a saber, primeras copias de escrituras o actas notariales (a) que tengan por objeto cantidad o cosa valuable; (b) que contengan actos o inscribibles en los registros de la propiedad, mercantil, o de la propiedad industrial y de bienes muebles; y (c) que no estén sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o a las modalidades de Operaciones Societarias o Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto de Operaciones Societarias, Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados). La escritura de recarga de una hipoteca ordinaria, por tanto, parecería quedar sujeta a AJD, sin que se beneficie de la exención establecida en el art. 9 de la Ley 2/1994 que se refiere únicamente a las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, cuando la modificación se refiera “*a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas*”, sin que mencione por tanto, la ampliación del principal del préstamo²⁶⁵. Por el contrario, la concesión de un nuevo préstamo (recarga de otro anterior) llamado a quedar cubierto por una hipoteca global no precisa tener acceso al registro para poder acabar desencadenando la realización, y ser en consecuencia, oponible a terceros (el art. 144 LH se aplica respecto del pago, la compensación, la novación, etc. de una “*obligación hipotecaria anterior*”, pero no respecto del nacimiento de la obligación hipotecaria cubierta en una flotante). Y como no es

265

Las contestaciones a las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V1291-08, de 19 de junio, V1829-09, de 6 de agosto, V1987-09, de 10 de septiembre, V0309-10, de 19 de febrero o V1154-10, de 28 de mayo, entre otras, rechazan la aplicación de la exención del art. 9 a novaciones distintas de las allí previstas en base a la prohibición de la analogía en exenciones y beneficios fiscales. Ídem, las SSTSJ Madrid 471/2011, 472/2011 y 473/2011, de 8 de junio, y la 50/2012, de 3 de febrero. Véase VIANA BARRAL, Víctor y SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, Luis (coords.): *Propuestas de Reforma del Marco Legislativo de la Fiscalidad Inmobiliaria*, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid: Ed. ePraxis, 2013, pp. 169-182. COLOMER FERRÁNDIZ, Carlos: “Fiscalidad de los préstamos hipotecarios, la hipoteca flotante y la hipoteca inversa”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 621-625.

precisa su inscripción, no tiene por qué documentarse en escritura pública. Y si no se documenta en escritura, no se devengará AJD²⁶⁶.

Pero al mismo tiempo que en la flotante se puede producir una recarga económica sin que se generen las dudas sobre el mantenimiento del rango que sí aparecen en una recarga de un préstamo hipotecario a la vista del desdichado inciso del art. 4.3 de la Ley 2/1994, la flotante presenta una desventaja competitiva respecto de la recarga ordinaria: mientras que la recarga de una hipoteca ordinaria podría producirse en tanto no se hubiera cancelado la hipoteca (o no se hubiera amortizado completamente el préstamo garantizado), el mismo efecto económico a través de una hipoteca flotante sólo se lograría durante el plazo de la hipoteca que, obligatoriamente, se habrá tenido que haber incluido en la escritura de la hipoteca flotante. Y la pregunta que me formulo al hilo de esto es, ¿dónde está el problema? Si se ha previsto en la constitución de la hipoteca que ésta pueda servir de garantía tanto de un préstamo existente como de los futuros que se concierten en un determinado plazo, los terceros que accedan al registro con posterioridad conocerán, en toda su extensión, la posibilidad de que la hipoteca flotante preferente a su derecho sea ejecutada en caso de incumplimiento del préstamo original y/o de cualquiera otra obligación que, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pudiera concertarse en el plazo o con las limitaciones para quedar asegurada en su caso establecidas. Y que podrá reclamarse hasta la totalidad de la responsabilidad hipotecaria ante el incumplimiento de cualquiera, cualesquiera o de todas esas obligaciones. Por eso, incluso si la Ley 41/2007 no hubiera modificado el art. 4 de la Ley 2/1994 para introducir en nuestro Derecho la

²⁶⁶

COLOMER FERRÁNDIZ, Carlos: "Fiscalidad de los préstamos hipotecarios...", *op. cit.*, pp. 623-624 se refiere a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de septiembre de 1993, Secc. 2.ª, Sr. Martín Herrero, RJ 1993/6967 para afirmar que la base del impuesto en la constitución de las hipotecas flotantes será la responsabilidad máxima hipotecaria, y no la estimación sobre el importe de las obligaciones que pueden llegar a quedar cubiertas por la garantía, argumento que, con alguna dificultad, podría tratar de defenderse con base en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de diciembre de 2002, Secc. 2.ª, Sr. Mateo Díaz, RJ 2003/779. Creo que es una conclusión pacífica que no se debería alterar, por más que una hipoteca global pueda llegar a cubrir, a lo largo del plazo por el que se establece, crédito total por importe muy superior a la responsabilidad hipotecaria. En efecto, la responsabilidad hipotecaria puede limitar el riesgo vivo en un momento dado, pero no la suma de los riesgos individuales concedidos y cubiertos por la hipoteca durante su plazo de vigencia. Espero que en un momento de recuperación económica y de utilización de la flotante como instrumento de expansión de crédito (y no sólo de refinanciación de deudas, como hasta ahora), las autoridades fiscales no tengan la tentación de tratar de gravar la constitución de estas garantías por referencia a la estimación del crédito al que van a servir o, aún peor, por referencia al crédito conjunto que quedó cubierto por la garantía mediante comprobación *ex post*).

hipoteca recargable, existiría en nuestro ordenamiento, desde la promulgación art. 153 bis LH, una modalidad hipotecaria que permite la “*recarga*”²⁶⁷, entendiéndola como la posibilidad de concesión de un nuevo crédito al deudor que quede amparado por la hipoteca existente cuando el riesgo del crédito anterior se ha rebajado por amortización y nuevamente hay “hueco” en la responsabilidad hipotecaria para amparar ese nuevo crédito.

- (d) Otra de las ventajas claras de la hipoteca flotante es la de mantenerse plenamente a salvo del debate en torno al rango de la hipoteca en caso de novación modificativa. En efecto, la hipoteca flotante puede pactarse en garantía de una o varias obligaciones presentes o futuras “*y de las obligaciones futuras que las sustituyan por novación modificativa o extintiva de las anteriores, siempre que participen de la misma naturaleza*” (expresión con alguna suerte en los procesos de refinanciación de deuda). De esta forma, la obligación que resulte de la novación modificativa (o incluso, aunque no sea nada usual, de la modificación extintiva) de la obligación inicialmente asegurada quedará igualmente cubierta por la hipoteca flotante. La extensión del plazo de la obligación originaria, el ejemplo prototípico en estos tiempos de refinanciación de deudas, dará lugar a una nueva obligación (novación modificativa de la originaria) cuya integración en la garantía real nadie pondrá en cuestión, aprovechándose obviamente la obligación refinanciada del rango de la hipoteca. Pues bien, en el caso de que en lugar de haber constituido una hipoteca flotante con esta previsión, se hubiera otorgado originariamente un préstamo hipotecario con una hipoteca ordinaria o de tráfico, esa misma inocente novación modificativa consistente en la extensión del plazo de la obligación, existiendo titulares registrales intermedios, generaría en el acreedor hipotecario el enorme desasosiego sobre si se mantiene o no el rango de la hipoteca a la vista de la reciente (y desafortunada) interpretación que la DGRN viene haciendo del art. 4.3 de la Ley 2/1994 desde el 22 de noviembre de 2012 (La Ley 217723/2012 y 217724/2012) posteriormente reiterada en las RRDGRN de 10 de enero de 2013 (La Ley 5719/2013), 4 y 7 de febrero de 2013 (La Ley 17071/2013 y Ley 18162/2013, respectivamente). Anteriormente, la DGRN había

²⁶⁷

Sorprende por eso alguna opinión que continúa negando que el art. 4.3 Ley 2/1994 haya dado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a la hipoteca recargable. DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios...”, *op. cit.*, pp. 4-5; CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriadad de la hipoteca...”, *op. cit.*, pp. 84-88.

defendido (incluso con posterioridad a la Ley 41/2007 que es la que introduce el art. 4.3 en la Ley 2/1994) que la extensión del plazo es siempre una novación modificativa, incluso aunque la prórroga se pacte una vez vencida la obligación²⁶⁸. Y, siendo una novación modificativa, la validez y el rango de la hipoteca no quedaba afectado, incluso en presencia de titulares registrales intermedios (es decir, titulares que hubieran anotado o inscrito sus derechos después de la constitución de la hipoteca, pero antes de la novación). Esa era, en esencia, el fundamento de la Ley 2/1994. Pues bien, en estas últimas resoluciones citadas, la DGRN se aventura a una interpretación literal y sistemática del art. 4.3 de la Ley 2/1994 de la que resulta lo siguiente:

- (a') existen dos excepciones a la regla general de mantenimiento del rango de la hipoteca: cuando se incrementa la cifra de responsabilidad hipotecaria (supuesto pacífico) o cuando se extiende el plazo del préstamo, vaya o no acompañado de un incremento de la responsabilidad hipotecaria²⁶⁹.
- (b') La DGRN dice que en cualquiera de estos casos, existiendo titulares registrales intermedios, no se produce *per se* la extinción de la hipoteca, ni la pérdida de su rango (“[...] *sería completamente excesivo e incluso absurdo que, por el hecho de aumentar unas cifras de responsabilidad o ampliar el plazo se produjera la pérdida del rango de la hipoteca inscrita*”). Sin embargo, si no se obtiene el consentimiento de los titulares intermedios, concluye la DGRN que se debe sancionar “*la alteración del rango de la hipoteca inscrita sólo en cuanto al incremento de la cifra o en cuanto a la ampliación del plazo [y no en cuanto a la hipoteca en su conjunto] pues en otro caso, éstos [los titulares intermedios] obtendrían un enriquecimiento injusto [el adelantamiento o mejora del puesto hipotecario] y no sería coherente el acto realizado con el resultado producido*”.
- (c') En relación al aumento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, la DGRN considera que para la novación sea oponible a los titulares intermedios, se

²⁶⁸ RRDGRN de 24 de noviembre de 2009 (La Ley 237746/2009), 6 de mayo de 2010 (La Ley 67023/2010), 19 de julio de 2012 (La Ley 147726/2012) y 15 de julio de 2013 (BOE n.º 229 de 24 de septiembre de 2013, pp. 77048 y ss.). Véase en el mismo sentido el informe de la Comisión Nacional de Criterios de Calificación del Colegio de Registradores de 22 de marzo de 2010.

²⁶⁹ La DGRN se aparta aquí de todos los pronunciamientos doctrinales al respecto (*vid.* entre otros, DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *RCDI* n.º 732, julio-agosto 2012, p. 1.875).

precisa su consentimiento, sean titulares de derechos inscritos o de derechos anotados. Sin su consentimiento, la novación no les será oponible, lo que significa, básicamente, que se mantiene la hipoteca originaria con su rango por la responsabilidad hipotecaria original, en tanto que la ampliación de la responsabilidad hipotecaria tendrá rango posterior al de los titulares registrales intermedios.

- (d') Sin embargo, respecto de la segunda excepción, la DGRN considera que la ampliación del plazo es oponible a los titulares intermedios anotados, pero no a los inscritos y ello porque mientras que los embargos tienen una naturaleza procesal y cautelar, las hipotecas son de constitución voluntaria. Para el titular de la segunda hipoteca, la ampliación del plazo del préstamo garantizado por la primera hipoteca *“dado el sistema de avance de puestos, la expectativa de mejorar el rango, que es fundamental en la constitución de una segunda hipoteca, quedaría mermada o eliminada”*. Por el contrario, los titulares intermedios anotados, no sólo no se ven perjudicados por la ampliación del plazo, sino que les beneficia *“porque a falta de dicha ampliación del plazo, podría precipitarse la ejecución de la hipoteca anterior y quedaría desvanecida la posibilidad de la ejecución de la anotación de embargo pudiera cumplir su cometido adecuadamente”*.

No me resulta en absoluto convincente la tesis de la DGRN:

- (a') La ampliación del plazo beneficia por igual a los titulares registrales posteriores (y de la misma forma a los titulares de derechos inscritos y a los titulares de derechos anotados) ya que impide el vencimiento de la obligación cuyo incumplimiento abriría la vía de la ejecución por el acreedor preferente, en el seno de la cual, el titular posterior quedaría privado de su derecho anotado o inscrito (salvo que ejercitara la facultad de subrogación para enervar la ejecución).
- (b') La ampliación del plazo de la obligación, sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, es una de las justificaciones de la Ley 2/1994, tanto antes como después de la modificación en ella efectuada por la Ley 41/2007, como se encargan de enfatizar las exposiciones de motivos de ambas normas. Nunca antes de la Ley 41/2007, la DGRN entendió aplicable la sanción de la pérdida del rango de la hipoteca inscrita ante la ampliación del

plazo del préstamo. Y la modificación del art. 4 de la Ley 2/1994 operada por la Ley 41/2007 está dirigida a estimular la “*novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor*” que se ve dificultada por “*la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la ley 2/1994*” (Exposición de Motivos de la Ley 41/2007)

- (c') Las SSTS de 5 de mayo de 1978 (Sr. Fernández Rodríguez) (RJ 1978/1641) o de 3 de octubre de 1985 (Sr. Sánchez Jáuregui) (RJ 1985/4570), entre otras muchas, permiten afirmar que no obstante el tenor literal del art. 1.156 CC, la novación de las obligaciones, a falta de intención expresa de las partes de producir la extinción de las mismas, no implica la extinción de la obligación primitiva y su sustitución por una nueva obligación, toda vez que el carácter extintivo de la novación no se presume a menos que la obligación resultante de la novación sea de todo punto incompatible con la antigua – arts. 1.203 y 1.204 CC. Si la obligación se nova modificativamente, se mantienen las garantías y derechos accesorios lo que, en el ámbito específico de los préstamos hipotecarios bancarios a los que se aplica la Ley 2/1994, implica en mantenimiento invariado del rango de la hipoteca. En relación, específicamente, a la novación de la obligación garantizada consistente en la ampliación del plazo, la SAP Murcia n.º 33/2003 de 24 de enero de 2003 (Secc. 4.ª) (Sr. Pacheco Guevara) (AC 2003/204) sanciona la invariabilidad del rango.
- (d') El régimen de la subrogación al amparo de la Ley 2/1994 (que provoca la sustitución del *accipiens* por el *solvens* en la obligación y en la garantía, sin pérdida del rango de la hipoteca inscrita) permite modificar “*las condiciones del tipo de interés [...] así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas*”. Ello prueba que la alteración del plazo del préstamo no ha de alterar el rango, puesto que si es posible vía subrogación o vía enervación de la subrogación, con más razón por la vía de la mera novación modificativa. Amén de que la obligación impuesta al *solvens* de subrogarse en todas las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos del *accipiens* sobre la misma finca, si hubiera varias (art. 2 de la Ley 2/1994), sólo se entiende si la subrogación se produce sin pérdida de rango: si la subrogación por el *solvens* en el préstamo garantizado por la primera hipoteca de las dos

que tiene el *accipiens* sobre la misma finca produjera la pérdida del rango de la primera hipoteca en perjuicio del *solvens* con tal de que el *accipiens*, como titular de la segunda hipoteca, no prestara su consentimiento, la previsión legal que obliga al *solvens* a subrogarse en todas las hipotecas sobre la misma finca sería superflua.

- (e') El acreedor posterior no goza de ningún derecho ni interés legítimo protegido por el ordenamiento a beneficiarse de la pérdida de rango de la hipoteca inscrita denegando su consentimiento a la ampliación del plazo de la obligación preferente.
- (f') Muchas de las iniciativas acometidas por el gobierno para paliar la situación de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad se han articulado, precisamente, sobre la base de la concesión de carencias o en alargamiento de los plazos para aliviar la carga presente (Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia económica, fiscal, de empleo y acceso a la vivienda y Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero; Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Estas iniciativas, incluso costeadas con fondos públicos (por ejemplo, a través del ICO) se “*imponen*” al acreedor (en algunos casos de forma directa, en otros sólo mediante su aceptación por parte de las entidades bancarias a través de su adhesión a códigos de buenas prácticas). Pero esa imposición, suave o fuerte, no llega en forma alguna a perjudicar el rango de las hipotecas inscritas. Si en cumplimiento de estas normas paliativas, las entidades son “arrastradas” a ofrecer extensiones o aplazamientos a sus deudores, sin que esto ponga en modo alguno en solfa la calidad y el rango de sus garantías hipotecarias, tampoco debería ponerse en cuestión la solidez y el rango de la hipoteca cuando la extensión de la obligación se acuerda espontáneamente entre acreedor y deudor, sin imposición o incentivo alguno por parte del legislador o las administraciones públicas.
- (g') La DGRN entiende en estas resoluciones que la pérdida del rango que se produce cuando, siendo exigible, no se obtiene el consentimiento de los

titulares de derechos posteriores sólo se predica de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria o de la ampliación del plazo, pero no queda en modo alguno perjudicado el rango de la hipoteca existente. Pudiéndose entender esa “disgregación” del rango en el caso de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria (la hipoteca inicial tiene sólo la responsabilidad inicial, en cuanto que la responsabilidad ampliada tiene rango posterior al titular registral intermedio que no consiente), resulta ciertamente ininteligible cómo funcionaría en caso de ampliación del plazo: cuando vence el nuevo plazo, ¿se ejecuta la hipoteca por la total deuda por los distintos conceptos asegurados hasta la responsabilidad máxima hipotecaria inicial –que no ha variado– o, como todo vence en el nuevo plazo no se puede ejecutar la hipoteca en absoluto o se puede ejecutar lo que estaba vencido antes de la ampliación del plazo pero no lo que vence en el nuevo plazo fruto de la novación?

Pero es que incluso sí la DGRN repudiara esta interpretación reciente en torno a la extensión del plazo de la obligación hipotecaria conforme a la Ley 2/1994 cuando existan titulares registrales intermedios, aún seguiría siendo más ventajosa la utilización de una hipoteca global para este fin que la ampliación del plazo del préstamo asegurado por una hipoteca de tráfico, y ello porque aunque el art. 4.3 de la Ley 2/1994 prevé generosamente la posibilidad de novar modificativamente la obligación garantizada sin suponer “una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”, impide hacerlo “cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”, inciso este último que remite al expediente de minoración o extinción de cargas preferentes contemplado en el art. 657 LEC. Este artículo está encaminado a permitir la indagación por parte del juez, a petición del ejecutante de una carga posterior, sobre “la subsistencia actual del crédito garantizado [por la carga preferente a la que se ejecuta] y su actual cuantía”. El acreedor preferente debe informar sobre la deuda preferente (“en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba ser efectuado”), para así permitir la minoración o incluso extinción de las cargas preferentes (adaptación de la realidad registral a la extrarregistral). Pues bien, mientras que no será posible novar modificativamente

un préstamo hipotecario bancario conforme a lo previsto en el art. 4.3 de la Ley 2/1994 cuando se haya promovido la ejecución de una carga posterior existente sobre el mismo bien hipotecado y se haya instado el expediente de minoración o extinción de cargas preferentes²⁷⁰, sí sería posible integrar en la hipoteca global una nueva obligación que reemplace a la anterior incluso aunque en ese tiempo se haya promovido en el proceso de ejecución de una carga posterior el mencionado expediente de minoración o extinción de cargas anteriores.

- (e) Y por último, también la recarga “económica” efectuada a través de una hipoteca flotante en garantía de créditos futuros queda a salvo de la exigencia de consentimiento del dueño de la finca hipotecada, para el caso de que no coincida con el deudor. En la recarga de una hipoteca ordinaria se ha defendido que la ampliación ha de ser consentida no sólo por el acreedor y el deudor, sino también por el propietario de la finca²⁷¹. No comparto dicha interpretación: por un lado, en

²⁷⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros”, en GARCÍA RUBIO, María Paz (coord.): *Estudios jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Madrid: Civitas, 2009, p. 221; CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, op. cit., pp. 202-203.

²⁷¹ CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, op. cit., pp. 140-150; CANALS BRAGE, Fernando: “La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)”, *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, pp. 194. En contra, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, n.º 23, op. cit., Apto. 5 (“[...] la posibilidad de recarga afecta o perjudica a los futuros compradores, lleguen a tener o no la condición de terceros poseedores, porque el nuevo artículo 4-3 de la Ley 2/1994 sólo exige el consentimiento de los titulares de derechos inscritos con rango posterior -concepto que comprende tanto a los titulares de cargas como del dominio de la fincas gravadas- cuando se amplíe el capital con simultánea ampliación de la responsabilidad hipotecaria o del plazo del préstamo, pero no cuando simplemente opere la recarga”) y AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: excepciones...”, op. cit., p. 9. Obsérvese que en el trabajo citado antes, se considera que la mención “titulares de derechos inscritos con rango posterior” abarca también al titular de dominio, en contra de lo que aquí se defiende. No acabo de colegir la postura por la que se opta en Díez GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias...*, op. cit., pp. 229-237 (se dice “[...] carece de todo fundamento el exigir que tenga que conceder su consentimiento a la ampliación de capital el dueño no deudor de la finca o el justificar que ésta le resulte inoponible cuando le es oponible la hipoteca previamente inscrita que permanece intacta, no obstante la modificación de la obligación a la cual es ajeno”, pero también que “cuando la finca pasara a manos de un tercer poseedor, acaso pudiera defenderse que ya no resultaría posible, sin consentimiento del nuevo dueño, cualquier recarga ulterior que permita la conservación del rango de la hipoteca, aunque no existiera un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria”, aunque parece que acaba admitiendo la posibilidad de la recarga incluso en perjuicio del propietario no deudor “También resultaría improcedente que, el vendedor, tras informar al comprador de la cantidad debida para que éste hiciera la pertinente retención o el descuento aplicable, quisiera servirse de la garantía para pactar con el acreedor una ampliación del importe del capital asegurado. Aunque se reputara que la hipoteca previamente constituida se mantiene intacta y que ésta íntegramente garantiza el incremento incluso en perjuicio de éste tercer poseedor, semejante actuación podría devenir inadmisibles, pues supondría, como mínimo, un comportamiento incoherente contrario a las más mínimas exigencias de la buena fe que podría

los préstamos hipotecarios sujetos a la novación y subrogación de la Ley 2/1994 pueden coincidir, o no, las condiciones de deudor y propietario, y ello tanto al tiempo de la constitución como con posterioridad (ninguna disposición de la Ley 2/1994 dice en contrario²⁷²); por otro, el efecto de la protección del rango se predica con toda generosidad en el artículo 4.3 Ley 2/1994 (*“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”*) sin hacer distingos entre quién sea el propietario de la finca hipotecada²⁷³ y, por último, en las dos excepciones al efecto natural de la conservación del rango que se recogen en el final del párrafo primero del art. 4.3 se requiere el consentimiento de los *“los titulares de derechos inscritos con rango posterior”* para mantener el rango, lo que en mi opinión excluye al dueño (pues el dominio no tiene rango). Por tanto, cuando aplican las excepciones, el mantenimiento del rango parecería que exige sólo el consentimiento de los titulares de derechos reales limitados posteriores. Y a contrario, si no aplican las excepciones, ni siquiera el consentimiento de los titulares de derechos reales limitados posteriores. Lo que tiene una lógica apabullante porque, si bien se mira, que el acreedor preferente conserve o no el rango en la ampliación o en cualquier otra modificación es perfectamente irrelevante respecto del dueño de la finca (sea hipotecante no deudor; sea tercer poseedor), pues el rango sólo ordena la eficacia de los derechos reales limitados entre sí (la oponibilidad del derecho de mejor rango frente al de peor; la posibilidad de purgar el derecho de peor rango para maximizar el valor del bien en la ejecución del derecho de mejor rango), pero carece de cualquier virtualidad respecto al dominio, ya que cualquier derecho real limitado, por definición, comprime el dominio de forma absoluta –con el contenido que tenga– con independencia de su rango (y de ahí la exigencia del art. 13 LH). Y al contrario, el

categorizarse como incumplimiento del contrato entre el primitivo deudor (y vendedor) y el tercer poseedor, pero sin afectación alguna a la garantía”).

²⁷² GARCÍA GIL, Francisco Javier: *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona: DAPP Distribución y Asesoramiento, 2011, p 171 entiende que es necesario el consentimiento del hipotecante no deudor para la subrogación con amparo en los arts. 1.211 y 1.212 CC. Me resulta incongruente que la cesión del crédito pueda hacerse sin el consentimiento del hipotecante no deudor, y la subrogación, que no exige la voluntad del acreedor, exija sin embargo la del hipotecante no deudor.

²⁷³ Sí sería preciso el consentimiento del dueño en el caso de que se ampliara la responsabilidad hipotecaria o el plazo de la hipoteca –no de la obligación, sino de la hipoteca– pues ambas cosas supondrían una ampliación de la afección sobre la cosa que tiene que consentir el propietario en el momento. Y ello porque, al margen de la cuestión del rango (que es irrelevante para el dueño), se está ampliando la hipoteca (y ello sólo lo puede hacer el dueño conforme al art. 1.857 CC).

dominio se ve constreñido por la existencia de los derechos reales limitados, cualquiera que sea el dueño, ya haya constituido tal o cual derecho real limitado el dueño actual o uno anterior. Todo ello resulta de la eficacia “*preferente*” entre títulos o derechos compatibles que se deduce del principio de prioridad, por oposición a la eficacia “*excluyente*” entre títulos o derechos incompatibles entre sí de ese mismo principio (art. 17 LH). Otro argumento a favor de esta tesis es que cuando el inciso final del art. 4.3 de la Ley 2/1994 excluye la recarga “*cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores*” sólo señala como beneficiarios de esta nueva limitación de la recarga a los titulares de cargas posteriores que se encuentren ejecutándolas y que hayan promovido el expediente de extinción o minoración de cargas preferentes del art. 657 LEC (y, por tanto, nunca al propietario ejecutado, frente al que también se *dirige* el expediente de minoración). A lo más que se podría llegar es a entender que en el caso de que se promueva el expediente de minoración en ejecución de una carga posterior, deudor y acreedor pierden la facultad de novar modificativamente el préstamo hipotecario conforme al régimen privilegiado del art. 4 de la Ley 2/1992 y, a partir de ahí, quedan sometidos al régimen general de inoponibilidad de lo no inscrito y de oponibilidad de lo inscrito (y por tanto, a partir de ese momento, no sólo se precisaría consentimiento de los titulares de derechos reales limitados posteriores para mantener el rango de la hipoteca que se amplía en las dos excepciones del art. 4.3, sino que sería de plena aplicación el art. 144 LH, lo que exigiría el consentimiento del tercer poseedor o del hipotecante no deudor para la recarga, e incluso para las demás modificaciones incluidas en el apartado 4.2, dada la generalidad del inciso final del 4.3 al afirmar “[e]n ningún caso será posible hacerlo”). El objeto directo (aquello que no es posible hacer “*en ningún caso*”) es el antecedente lejano del primer párrafo (“*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores*”) y no del cercano del párrafo inmediato anterior (que regula las dos excepciones al mantenimiento de rango, con el peaje del consentimiento de los titulares, “[e]n estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior”). Por tanto, rechazo que para la recarga de un préstamo hipotecario conforme al art. 4 de la Ley 2/1994 sea preciso el consentimiento del dueño de la finca cuando no coincida con el deudor, salvo que se haya promovido previamente el expediente de minoración de cargas preferentes en la ejecución de

una carga posterior a la hipoteca que se quiere ampliar. En este caso, la única posibilidad de recarga sin el consentimiento de los titulares de dominio y de derechos reales limitados posteriores es si la hipoteca se constituyó como hipoteca flotante en garantía del préstamo y la ampliación futura (como obligación futura perfectamente delimitada) o simplemente con una hipoteca global que incluya, en genérico, esos “*actos jurídicos básicos*” de los que puede derivar la ampliación de la obligación presente que también se garantiza con la hipoteca. Por tanto, una ventaja más de la hipoteca flotante.

Además de que en una flotante en garantía de préstamos futuros pueda conseguirse el mismo efecto económico que en la recarga de un préstamo hipotecario bancario ordinario (simplemente mediante el consentimiento del acreedor a la concesión de un préstamo futuro, una vez que el existente haya sido parcial o totalmente amortizado), tampoco veo objeción alguna para que pueda aplicarse (en toda su extensión) el régimen previsto en el artículo 4 de la Ley 2/1994 para la recarga de un préstamo bancario asegurado con hipoteca flotante en garantía de ese único préstamo bancario (flotante en garantía de una única obligación existente). O incluso de un préstamo bancario asegurado por una flotante en garantía, adicionalmente, de otras obligaciones. En efecto, el artículo 4 se refiere a la novación modificativa de préstamos hipotecarios bancarios (en particular, la ampliación del capital) y tan préstamo hipotecario bancario es un préstamo bancario asegurado por una hipoteca ordinaria como el asegurado por una hipoteca flotante²⁷⁴. Pero en ese caso (flotante en garantía de un único préstamo bancario existente), la ampliación de ese único préstamo quedará sometida, en toda su extensión, a las limitaciones y cortapisas arriba analizadas, puesto que aplicaría sin paliativos la Ley 2/1994.

Algunos autores han puesto en cuestión la protección hipotecaria y la naturaleza privilegiada del crédito futuro llamado a quedar amparado por una flotante del art. 153 bis LH frente a un tercer poseedor o un acreedor inscrito surgido en el periodo intermedio (es decir, desde la constitución del gravamen hasta la generación de ese crédito) en la medida en que no haya tenido reflejo tabular. Alegan en justificación que la Ley 41/2007 “*no declara el “estado de excepción” del ordenamiento, por lo que subsisten sus principios, entre ellos, el de taxatividad de las causas de preferencia y*

²⁷⁴

En contra, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable...”, *op. cit.*, p. 1.129.

tipicidad de la subordinación”²⁷⁵.

Creo que estas afirmaciones en absoluto se compadecen con la letra y el espíritu de la reforma. En última instancia, subyace a las mismas el rechazo de la facultad del legislador para cambiar la ley cuando rompe clichés largamente formulados o defendidos. En efecto, en la mayoría de las veces la hipoteca (también la flotante) simplemente “cualifica” (o especifica) la responsabilidad patrimonial universal del deudor del art. 1911 CC (art. 105 LH: la hipoteca “*no alterará la responsabilidad patrimonial universal ilimitada del deudor...*”). Otras veces, por el contrario, la garantía suplanta (o sustituye) a la responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor (“[...] *podrá válidamente pactarse [...] que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados*” como permite el art. 140 LH). Y por último, en otras ocasiones, la responsabilidad patrimonial del deudor se amplía, a beneficio del acreedor, al afectarse a la satisfacción de una o más obligaciones bienes o derechos en el patrimonio de terceros (ya sea porque el tercero constituyó el gravamen, ya porque lo constituyó el deudor pero luego lo enajenó a tercero). En tales casos el acreedor, ante el incumplimiento, “*puede optar entre el ejercicio de la acción crediticia -personal- contra el deudor agrediendo todo su patrimonio en pars conditio con otros eventuales acreedores, o bien dirigirse -a través del que sea titular- contra los bienes gravados y con carácter preferente*”²⁷⁶. Pero en cualquiera de estos casos, el carácter de derecho real de garantía de la hipoteca flotante está fuera de toda duda a la vista de la contundencia de la redacción del art. 153 bis LH: “*También podrá constituirse hipoteca de máximo [...] en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras*” y, partiendo de ahí, con todos los efectos de una hipoteca conforme a los arts. 1.857 y ss. CC, 105 y ss. LH y demás normativa aplicable, singularmente, el de la “*sujeción directa e inmediata del inmueble*” al cumplimiento de la obligación garantizada (art. 1.876 CC) que atribuye al acreedor hipotecario un ámbito exclusivo de satisfacción de sus créditos en el que, gracias a la publicidad de la hipoteca, no va sufrir intromisión o pugna con tercero (en forma de tercería de mejor

²⁷⁵ BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, pp. 22-23. Apela a que ni la ley vigente ni la proyectada (por referencia al Proyecto de Ley 121/000098, sobre concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares, o el Proyecto de Ley 121/000007, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito que luego fue la Ley 2/2009, de 31 de marzo) contemplan de forma expresa tales efectos.

²⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 2, *op. cit.*, pp. 198-199.

derecho).

1.1.9 La objeción basada en la infracción de la regla de la *pars conditio*

Al hilo de este asunto, me parece conveniente traer a escena una de las objeciones tradicionalmente blandidas frente a la hipoteca global, y es la de que imponía una derogación inadmisibles de la *pars conditio*: las obligaciones aseguradas por la flotante tendrían el privilegio especial y el rango que resultase de la inscripción de la hipoteca, aunque pudieran haberse contraído muy posteriormente, siendo preferentes por tanto a los créditos intermedios, inscritos o no inscritos:

“Todos los demás acreedores, incluso los que tienen documentados unos créditos en escritura pública o incluso en sentencia de fecha posterior a la hipoteca, ven pospuesto su derecho al del Banco, aunque los créditos del Banco tengan una fecha claramente posterior a los títulos (escrituras o sentencias) de dichos acreedores. Y si los créditos del Banco ni siquiera están formalizados en escritura pública o pólizas notariales... ¿Cómo sin tener fecha fehaciente pueden anteponerse a los acreedores anteriores por el simple hecho de que el acreedor (Banco o Caja) ha decidido -en cualquier tiempo- que estén cubiertos por la hipoteca?”²⁷⁷.

La objeción no es correcta, en mi opinión:

- (a) Respecto de créditos no garantizados con derecho anotado o inscrito sobre el bien, cualquier crédito hipotecario goza de preferencia o privilegio especial sobre el bien (art. 90.1.1º Ley Concursal). No hay aquí derogación alguna de la *pars conditio*. Las razones de política legislativa que justifican la preferencia dispensada en nuestro Derecho (poco original en este campo) al acreedor hipotecario (en general, al acreedor con garantía real) respecto de los demás acreedores no garantizados, incluso en supuestos concursales (en los que, por definición, se asiste a una insuficiencia temporal o definitiva de activo para la satisfacción del pasivo) son bien variadas, centrándose en la necesidad de defender (y favorecer) el mercado del crédito²⁷⁸. Aunque no todo son ventajas, la

²⁷⁷ MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 154. En sentido análogo, entre otros muchos, AVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (estudio registral...)*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

²⁷⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “El tratamiento del acreedor hipotecario en el concurso” en ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.): *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid: La Ley, 2009, pp. 416-417; PULGAR EZQUERRA, Juana: “El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal”, *RDM* n.º 250/2003, pp. 1.425 y ss.; SALINAS

mayoría de los sistemas comparados consideran que son más los efectos positivos del mantenimiento de la afección (en otras palabras, de la inmunidad del acreedor real, incluso en casos de concurrencia colectiva e insuficiencia patrimonial), que los negativos²⁷⁹. La hipoteca permite al deudor continuar explotando el bien, no obstante la carga, y disfrutar de una financiación más barata y más abundante que la que dispensan acreedores no garantizados, así como constituir nuevas obligaciones garantizadas con el bien que no perjudican al acreedor anterior en caso de aumento o revalorización del valor del bien, lo que aumenta su liquidez e incluso le faculta para negociar o renegociar deudas con otros acreedores –lo que puede aumentar su riesgo general de impago– sin que ello provoque aumento de la onerosidad del crédito garantizado (a diferencia de lo que ocurre, de ordinario, con el crédito no garantizado). Además, siempre que se permita una eficiente sustitución de los acreedores garantizados a instancia del deudor, se genera una sana competencia entre acreedores.

El acreedor hipotecario, por el contrario, disfruta de una garantía sólida, que reduce los costes de vigilancia o información sobre la actividad del deudor (en la medida precisamente de que su insolvencia le es menos dañina que al acreedor no garantizado) y le permite conceder más crédito, a más plazo y más barato (dada su mayor aversión al riesgo que la de los acreedores no garantizados, el garantizado está dispuesto a satisfacer una “prima” para gozar de una mejor protección a

ADELANTADO, Carlos: “Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada”, AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 3.861 y ss.; VEIGA COPO, Abel: *Los privilegios concursales*, Granada: Ed. Comares, 2004, pp. 11 y ss.; RAJOY BREY, Enrique: “La hipoteca: análisis económico y social de una preferencia” [en línea], Ponencia presentada en el XV Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Fortaleza (Brasil), noviembre de 2005 <<http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Rajoy.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2013], p. 1-2.

279

CARRASCO PERERA (CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, 2009 (3.ª ed.), pp. 37 y ss.) sugiere los siguientes efectos negativos de la inmunidad del acreedor real en el concurso: puede provocar un retraso en la declaración del concurso, en la medida en que los acreedores reales (frecuentemente, los acreedores profesionales con más conocimiento sobre la situación económico-financiera del deudor) no tienen excesivo incentivo en la declaración concursal; reduce la masa activa repartible (y la función social del concurso de la comunidad de pérdidas); genera costes (y litigiosidad entre los acreedores) en torno a la clasificación de los créditos; dificulta la apertura de concursos por insuficiencia de masa activa; desincentiva la labor de control y seguimiento sobre la actividad empresarial del deudor por parte del acreedor real. Por el contrario, como efectos positivos se señalan, además del obvio de la protección –y por tanto fomento– del crédito, la reducción del coste del crédito, origina una mayor eficiencia al delimitar *ex ante* el sistema o la preferencia de cobro entre los acreedores, desincentiva opciones económicas arriesgadas por parte del deudor así como el recurso a formas de aseguramiento de tipo dominical que siempre llevan aparejada una cierta clandestinidad o una menor transparencia.

través de tipos de interés menores). Pero incluso los acreedores no garantizados obtienen utilidades de la preferencia de la hipoteca y ello porque la relevancia del acreedor garantizado sobre el deudor impide o dificulta que éste emprenda proyectos demasiado arriesgados; la hipoteca permite a los acreedores no garantizados reconocer a un deudor con crédito estable y ofrecerle así crédito sin efectuar costosos análisis de riesgo y ocasiona desde luego una reducción de sus costes de información en torno al bien gravado, puesto que la hipoteca lo aleja de su poder de agresión²⁸⁰. En definitiva, la razón de la preferencia del crédito garantizado en una hipoteca ordinaria respecto a los créditos no garantizados, sean anteriores o posteriores al crédito hipotecario, es la misma que justifica la preferencia del crédito garantizado por una hipoteca flotante respecto de los no garantizados, ya sean anteriores a la constitución de la hipoteca, ya posteriores al nacimiento del crédito garantizado con la flotante, ya en fin anteriores al crédito hipotecario pero posteriores a la hipoteca (esto es, surgidos *medio tempore*). Las RRDGRN de 3 de abril de 1998 y de 7 de mayo de 1999 expresan, con bella prosa, las razones por las que preferencia crediticia y acción hipotecaria se desenvuelven en planos diversos (el primer concepto alude a la responsabilidad patrimonial universal, mientras que el segundo se desenvuelve en el marco del derecho real en que consiste la hipoteca) y por las que el derecho de agresión del acreedor hipotecario (del acreedor real en general) no sucumbe frente a la mejor de las preferencias crediticias:

“La mera preferencia de un crédito y la especial afección de un bien hipotecado o pignorado a la seguridad de la deuda garantizada, operan, pues, en planos diferentes; aquélla, en cuanto modelización del criterio de la «par conditio creditorum», se desenvuelve únicamente cuando hay concurrencia de acreedores que intentan hacer valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial de su común deudor [...]; en cambio, cuando un acreedor con garantía pignoratícia o hipotecaria ejercita su acción real, en modo alguno pide el desenvolvimiento de la responsabilidad patrimonial del deudor

280

Un interesante análisis de las distintas teorías económicas en torno a la justificación de la preferencia del crédito hipotecario puede verse en GARRIDO GARCÍA, José María: *Garantías reales, privilegios y par conditio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 25-67.

sino la actuación de un derecho real que integra su propio patrimonio (y ello se pone de manifiesto cuando el bien dado en garantía pertenece a persona distinta del deudor) [...]; en efecto, cuando en una ejecución singular se decreta el embargo de un específico bien del deudor que ya está pignorado o ejecutado en garantía de un crédito distinto del actor, la eventual «preferencia» de este último crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado no puede llevar -ni aun cuando fuere tan absoluta como la del 32 del Estatuto de los Trabajadores- a la extinción de esa garantía real, porque el acreedor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor -si bien concretada por vía del embargo en el derecho seleccionado- y, en consecuencia, sólo puede ejecutar el derecho embargado con la extensión y el contenido con que se integraba en el patrimonio del deudor, esto es, con la restricción inherente a la garantía real establecida sobre el bien a favor de tercero”.

En definitiva, el desenvolvimiento natural del derecho de hipoteca, en nuestro ordenamiento (*hic et nunc*), atribuye al acreedor hipotecario una afección absoluta y exclusiva sobre el bien, en perjuicio del propietario en cualquier momento, de los titulares registrales posteriores, de los acreedores del deudor, del propietario o de cualquiera de los titulares registrales posteriores, cualquiera que sea la secuencia temporal entre el nacimiento del crédito hipotecario y el de cualquier otro créditos o derechos de los anteriores.

- (b) La base instrumental (no la base funcional) de la preferencia está en la publicidad registral que resulta de la inscripción y en la plenitud de la hipoteca, desde su inscripción, incluso aunque anteceda al crédito al que vaya a servir. Y ello porque desde su inscripción, la hipoteca “*toma puesto preferente en la serie hipotecaria*” y “*goza de los privilegios de la publicidad en todo aquello que no se refiera directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada*” (RDGRN de 31 de enero de 1925). Todos los acreedores, los que inscriban o anoten derechos y los que no, están avisados de la existencia de la hipoteca flotante, como lo están los acreedores del deudor que ha ofrecido una hipoteca condicional o una hipoteca en garantía de obligación condicional: los acreedores que inscriben o anotan su título

con posterioridad a la inscripción de una hipoteca condicional (o de una hipoteca en garantía de obligación condicional) son legalmente pospuestos al crédito garantizado por la primera hipoteca una vez cumplida la condición, aunque ésta sobrevenga con posterioridad. No se ve razón para aplicar peor tratamiento a la flotante: si los créditos futuros llamados a quedar garantizados por la flotante han surgido efectivamente y han tenido reflejo registral mediante la nota marginal del art. 143 LH, aunque sea posterior a la de otro crédito inscrito o anotado, la eficacia retroactiva de la nota marginal (art. 23 LH) y la preferencia entre inscripciones derivada de la prioridad temporal (arts. 24 y 25 LH) salva cualquier objeción.

Si, sin tener constancia registral ese crédito futuro, es posible proceder a la ejecución hipotecaria por los créditos garantizados mediante cualquiera de las vías de integración extrarregistral mencionadas, parece también lógico que hayan de tener preferencia respecto de créditos que hayan generado derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca pero con anterioridad a la fecha en que se procede a la ejecución de la flotante. En definitiva, que hasta la cancelación de la flotante, es perfectamente razonable que los créditos asegurados por ella (que, no olvidemos, son créditos hipotecarios) tengan la preferencia que resulta del juego de la prioridad registral y del privilegio especial legalmente dispensado al acreedor real en supuestos de concurrencia singular o colectiva frente a los acreedores posteriores a la hipoteca, aunque anteriores a la generación, vencimiento y ejecución del crédito asegurado por la flotante, tanto si cuentan con derechos inscritos o anotados en garantía de esos créditos, como si no. La publicidad registral de la hipoteca flotante “*avisa*” de esa amenaza a cualquier acreedor posterior.

A mayor abundamiento, los terceros (inscritos/anotados o no) podrán siempre ejercer las correspondientes acciones de rescisión, si entienden que la concreción de las obligaciones cubiertas a efectos de la ejecución se realiza en su perjuicio (art. 1.291.3º CC).

Por último, la publicidad derivada del registro también permite conjurar uno de los reproches que tradicionalmente se han blandido respecto de la fianza global, como es la de permitir la creación de una apariencia de empresarios solventes (beneficiarios del crédito recurrente y abundante dispensado por el acreedor)

cuando lo cierto es que la provisión de crédito se justifica exclusivamente para el acreedor en la existencia de la fianza global. En el caso de la hipoteca global, ningún otro acreedor del deudor podrá alegar que la provisión generalizada de crédito por el acreedor hipotecario les ha inducido a error en la representación de la solvencia del deudor. Antes al contrario, la exigencia de una garantía global parecería constituir una señal de “alerta” a los restantes acreedores sobre la fortaleza patrimonial (o, por mejor decir, la ausencia de fortaleza patrimonial) del deudor.

Es forzoso admitir que el expediente de minoración de cargas anteriores del art. 657 LEC introduce una nota discordante en el anterior razonamiento, al contemplar la posibilidad de que el juez (a petición del ejecutante) se dirija a los titulares de los créditos anteriores al que se ejecuta *“para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía”*, estableciendo la obligación del acreedor de dar esa información (*“y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba ser efectuado”*)²⁸¹ así como, finalmente, la posibilidad de que el juez, a instancia del ejecutante, expida *“los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria”* en caso de que se constate la extinción o minoración de la carga preferente.

En la misma línea, el art. 666.1 LEC obliga a descontar del avalúo del bien *“el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657”*, con la consecuencia dramática de que el tribunal alce el embargo en caso de insuficiencia de valor.

El ordenamiento quiere que los licitadores en la subasta efectúen sus pujas conociendo no sólo la responsabilidad hipotecaria máxima de las cargas anteriores (esto es, no el “riesgo máximo” que soporta el rematante derivado de las cargas preferentes) sino el importe efectivo menor de las obligaciones garantizadas por esas cargas

²⁸¹ El art. 97.5 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación contiene un mecanismo equivalente para los apremios administrativos que permite al órgano de recaudación *“dirigirse a los titulares de los créditos inscritos con anterioridad, para que informen sobre la subsistencia del crédito y su actual cuantía”*, exigiendo de éstos que indiquen *“con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa, y en caso de subsistir, la cantidad que queda pendiente de pago, la fecha de vencimiento y los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse”*.

preferentes. Ello redundará en una previsible maximización del valor en la subasta, a beneficio del ejecutante, de los acreedores posteriores, del tercer poseedor y, en última instancia, del deudor. Puesto que la responsabilidad hipotecaria inscrita de las cargas anteriores es tan sólo el límite máximo de la reclamación frente al rematante (en su calidad de tercer poseedor) sin que sea posible ejecutar una carga anterior por encima de la deuda efectiva al tiempo de la ejecución (art. 662.3 LEC), tienen las partes del proceso, e incluso los terceros registrales que se mantengan ajenos a él, interés en que se declare por el juez, en su caso, que la deuda garantizada por la hipoteca preferente es en realidad inferior a la responsabilidad hipotecaria inscrita, para que los licitadores aumenten sus pujas.

A la vista de esos artículos, podría decirse que el derecho del acreedor flotante global o en garantía de un crédito futuro (determinado) a que la hipoteca asegure el crédito futuro cesa o se extingue cuando se ejecuta una carga posterior y se inicia (de oficio) el expediente de minoración o extinción de cargas anteriores del art. 657 LEC²⁸²; el acreedor flotante sólo podrá informar de la subsistencia de los créditos existentes en ese tiempo, perdiendo el derecho a la garantía respecto del crédito futuro a consecuencia de los mandamientos expedidos por el juez a los efectos del art. 144 LH.

No puedo admitir que el art. 657 LEC pueda poner en solfa la eficacia de la hipoteca flotante que resulta del art. 153 bis LH, como tampoco permitiría cancelar o privar de eficacia a una hipoteca constituida en garantía de una obligación futura o condicional al amparo del art. 142 LH cuando se dispara el expediente de minoración de cargas anteriores del art. 657 LEC en la ejecución de una carga posterior antes de que surja la obligación futura o se cumpla la condición. El mecanismo de reducción o extinción de la carga preferente para ajustarla a la realidad de la obligación garantizada tiene una justificación económica perfectamente razonable en interés del ejecutante, del ejecutado, de los acreedores posteriores, del deudor no propietario y, en definitiva, del tráfico en su conjunto²⁸³, pero en ningún caso puede permitir una “expropiación” de

²⁸² Esto es lo que parece inferirse en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 234.

²⁸³ Resulta contradictorio en la LEC que el expediente de minoración o extinción de cargas anteriores se inicie de oficio y que, sin embargo, la actualización de la información registral a la real que resulta del mismo mediante la expedición de los oportunos mandamientos al registro sobrevenga sólo “a instancia del ejecutante”. ¿Y si el ejecutante no lo insta? ¿No debería la ley imponer al secretario la expedición del mandamiento en todo caso? Eso permite ajustar la realidad registral (“errónea”) a la extrarregistral (“correcta”), con un evidente efecto desamortizador que es algo que interesa al rematante (y a todos los que de él vayan a traer causa) y, en esa medida, anima a los licitadores a aumentar sus pujas, lo cual es evidentemente del interés de las partes del proceso, de

valor por parte del ejecutante de una carga posterior, una pérdida de la preferencia y el rango que ostenta el acreedor anterior, en ausencia de una previsión legal expresa al efecto. El inciso final del art. 657.2 LEC obliga al tribunal a expedir los mandamientos “*que procedan*” (si proceden, añadiría yo); el “*en su caso*” que utiliza el segundo párrafo del art. 666.1 LEC excluye cualquier interpretación en pugna con el mantenimiento de la plena eficacia de la flotante para seguir ofreciendo cobertura real a cualquiera de los créditos futuros llamados a quedar garantizados por la flotante cuando efectivamente surjan. Además, la protección del deudor hipotecario flotante o del tercer poseedor en caso de pago de las obligaciones garantizadas por la flotante o incluso en caso de que no lleguen a nacer las obligaciones garantizadas por la flotante, se puede seguir haciendo por la vía del derecho de subrogación en la hipoteca que reconocen generosamente los arts. 231 y 232 RH, yendo más allá del caso de la venta voluntaria que se recoge en el art. 118 LH. Como se enfatiza en el Capítulo VII, el art. 231 RH extiende el efecto subrogatorio del deudor hipotecario en la hipoteca (que propone el art. 118 LH en la venta voluntaria de la cosa gravada) a los supuestos de realización en procedimiento de apremio por carga posterior, otorgando al deudor hipotecario de las cargas anteriores a aquél que motivó un apremio, y al tercer poseedor de la cosa en ese tiempo, el derecho a subrogarse en dicha carga previa cuando pagan la deuda anterior, para exigir su importe al rematante o adjudicatario, como refuerzo de la acción personal extracontractual que, en tales casos, se les concede frente al adjudicatario.

Y este derecho se reconoce con generosidad, no sólo para el caso de que se haya promovido el expediente de extinción o minoración de cargas previas en el proceso de ejecución de la carga posterior.

Así, se haya o no recurrido al expediente del art. 657 LEC en la ejecución de la carga posterior a una flotante, el deudor hipotecario que pague el crédito o créditos garantizados por la flotante (todos ellos, o cuando no existan más créditos del acreedor cubiertos por la flotante) se subrogará en la posición del acreedor hipotecario flotante para dirigirse frente al rematante o adjudicatario en procedimiento de ejecución de carga posterior a la flotante. Y el mismo derecho se reconoce en el art. 231 RH al tercer poseedor.

En el caso de que los créditos llamados a quedar cubiertos por la hipoteca flotante

los terceros registrales, el deudor no propietario, de los acreedores de todos ellos, etc. En este mismo sentido, DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 1.893.

no lleguen a nacer, ese mismo derecho de subrogación en la hipoteca flotante se habrá de reconocer al deudor hipotecario flotante o al tercer poseedor, conforme a lo establecido en el art. 232 RH. Este razonamiento no se ve contrariado por la circunstancia de que, imponiendo el art. 153 bis LH una condición subjetiva al acreedor hipotecario flotante (a saber, entidades financieras, SAREB o administraciones públicas), el deudor hipotecario flotante o el tercer poseedor difícilmente reunirán tal condición subjetiva para hacer uso efectivo del derecho de subrogación. Si el deudor flotante o el tercer poseedor no reúne alguna de esas condiciones subjetivas, en efecto, no podrá inscribir la flotante a su nombre (aun teniendo derecho, *ex arts.* 231 ó 232 RH), pero sin que ello ponga en cuestión el razonamiento, puesto que podrían hacerlo en cuanto adquirieran tal condición o en la medida en que subrogaran convencionalmente sus derechos a favor de alguien que sí cumpliera esa condición (con las obvias dificultades prácticas que resultan del principio de tracto sucesivo del art. 20 LH). E incluso, tal y como trataré de explicar en el Capítulo VII, su subrogación en la hipoteca flotante sólo podrá producirse cuando hayan sido satisfechas todas las obligaciones garantizadas y no mantenga interés el acreedor flotante en extender nuevo crédito futuro amparado por la hipoteca flotante (esto es, cuando no ostente el acreedor interés alguno presente o futuro en el mantenimiento de la hipoteca) y, cuando esta circunstancia se da, es obvio que ya no se está en presencia de la flotabilidad entre obligaciones y la potencialidad de la hipoteca del art. 153 bis LH para cubrir obligaciones presentes y futuras, aun no concisamente determinadas en la escritura de constitución, que son las dos características esenciales por las que el preámbulo de la Ley 41/2007 considera preciso restringir el beneficio de la hipoteca flotante a las entidades de crédito y las administraciones públicas (*“Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas”*). Esto es, cuando cristaliza el derecho del tercer poseedor o del deudor a subrogarse en la hipoteca flotante o global, ésta ya tiene los perfiles de una hipoteca de tráfico o de seguridad “ordinaria” y, en consecuencia, ninguna objeción, desde el punto de vista dogmático, podría oponerse a la subrogación de alguien que no reuniera la condición subjetiva señalada en el art. 153 bis

LH²⁸⁴.

Además, la remisión en cuanto al objeto del mandamiento al art. 144 LH, nos conduce a la constancia registral por medio “*de una cancelación total o parcial, o de una nota marginal, según los casos*”. El art. 240 RH exige cancelación total o parcial salvo para hacer constar el pago de parte de la deuda (cuando no proceda la cancelación parcial) o cuando tenga por objeto llevar a cabo un contrato inscrito pendiente de condiciones suspensivas, pues en estos casos se admite la nota marginal²⁸⁵. Para la práctica de cancelaciones, se han de observar todas las garantías que establece la Ley a favor de los titulares de los derechos inscritos (“*pues la cancelación parcial refleja la extinción parcial de un derecho de quien ha buscado la protección del Registro*”, dice la RDGRN de 21 junio 2005, RJ 2005/5396, precisamente en un caso del art. 657 LEC) y esa es la razón por la que el art. 82 LH exija para practicar la cancelación sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (o, en ausencia de cualquiera de estas, cuando se cumplan los plazos de prescripción de acciones indicados en el quinto párrafo del art. 82 LH). “*Como ya dijera la Resolución de 31 de julio de 1989, siendo la regla general de nuestro ordenamiento que las inscripciones sólo pueden cancelarse por consentimiento del titular registral o por resolución judicial firme, cualquier otro supuesto, ya sea convencional (párrafo segundo del artículo 82) o no (párrafo quinto) sólo será de aplicación cuando resulte de manera clara, precisa e indubitada que concurren los requisitos legalmente previstos*”²⁸⁶. Ninguna de esas circunstancias se cumpliría en el

²⁸⁴ Se enfatiza que, desde la modificación del art. 12 LH por la Ley 41/2007, es posible constituir hipotecas en garantía de una pluralidad de obligaciones incluso aunque el art. 153 bis LH no sea aplicable en DÍEZ GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias...*, op. cit., pp. 255 (“*Una de las características de esta modalidad de garantía [la hipoteca del art. 153 bis LH] no es la posibilidad de que puedan garantizarse una pluralidad de obligaciones presentes y futuras, pues ello resulta posible para cualquier acreedor, de acuerdo con el art. 12 LH [...]*”, 281 y 283).

²⁸⁵ La nota marginal “*es el asiento procedente para hacer constar la manifestación de los acreedores anteriores al gravamen que se ejecuta, sobre subsistencia y cuantía de los créditos (cfrs. Por analogía al art. 240 RH), cuya vigencia será la del asiento de inscripción o anotación preventiva a cuyo margen se practique*” (Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000, sobre interpretación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en la nueva redacción dada por la disposición novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n.º 306, de 22 de diciembre de 2000).

²⁸⁶ RDGRN de 20 de febrero de 2013 (BOE n.º 67 de 19 de marzo de 2013) en la que se deniega la cancelación de una hipoteca promovida por el actual propietario y constituida por uno anterior a favor de los tenedores presentes o futuros de unas determinadas obligaciones. Se establece un plazo de 1 año para el pago de las obligaciones, con posibilidad de los acreedores de prorrogarlo hasta un máximo de 10. Transcurridos 20 años desde el término del primer año, más un año adicional, el nuevo titular solicita la cancelación. La DGRN la rechaza afirmando que, en ausencia

caso de que el acreedor flotante haya respondido al requerimiento haciendo contar que pueden surgir aún obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca (sean obligaciones meramente futuras, sean obligaciones puramente futuras). Habida cuenta del carácter taxativo del principio de legitimación registral (arts. 1 y 38 LH), no procedería por tanto ni la nota al margen, ni la cancelación total o parcial.

A mayor abundamiento, siendo el art. 153 bis LH ley especial (ley sustantiva) y ley posterior, cualquier discrepancia o inconsistencia de la ley adjetiva en torno a la validez o eficacia de la garantía debe salvarse a favor del art. 153 bis LH: si, estando inscrita una hipoteca flotante global o en garantía de crédito futuro, se ejecuta una carga posterior, el acreedor flotante cumplirá con el requerimiento de información que el juzgado efectúe conforme al art. 657 LEC informando sobre las condiciones en que podrá surgir ese crédito o el plazo en el que la hipoteca garantizará el crédito o créditos que surjan; el hecho de que no pueda afirmar la “*subsistencia*” del crédito futuro no produce una ineficacia sobrevenida de la garantía (porque el art. 153 bis LH no la contempla), ni permitiría obviamente al juez que expidiera mandamiento de cancelación total o parcial de la carga, ni siquiera la nota al margen²⁸⁷. Y el tercer poseedor o el deudor hipotecario flotante no ven mermados un ápice sus derechos, pues podrán subrogarse en la hipoteca flotante para dirigirse al rematante o adjudicatario en el apremio seguido por la carga posterior cuando satisfagan íntegramente los créditos cubiertos por la flotante, o incluso en caso de que los créditos llamados a quedar cubiertos por la flotante se extingan o no lleguen a nacer.

de consentimiento del acreedor hipotecario o resolución judicial firme, la cancelación por virtud del quinto párrafo del art. 82 LH exige apurar el plazo máximo de 20 años de caducidad de la acción hipotecaria, más el año adicional allí previsto, desde el último día en que las obligaciones, según el registro, podrían cumplirse. Y ello, según el registro, podía ocurrir en ese caso hasta el término del décimo año en caso de prórroga interesada por los acreedores (actuando unilateralmente). Por lo que el nuevo titular ha de soportar la carga, si no cuenta con sentencia judicial firme o con el consentimiento del acreedor hipotecario, hasta que transcurra la totalidad del plazo de los 20 años más uno desde el último día en que, según el registro, podría cumplirse la obligación. En relación al caso general (no específicamente a la hipoteca flotante), se considera que no cabe cancelación total o parcial por esta vía en RIVAS TORRALBA, Rafael A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona: Ed. Bosch, 2012 (2.ª ed.), pp. 367-368, teniendo la nota marginal efecto de “publicación” (informativos, únicamente), aunque acaba reconociendo que la cifra de deuda inferior a la registral comunicada por el acreedor preferente marcaría el límite de responsabilidad por cargas anteriores del rematante, fijaría el importe por el que podría liberar la finca un tercer poseedor posterior, permitiría una oposición por pluspetición para el caso de que el acreedor preferente intentara una ejecución por importe superior al comunicado, etc.

287

En contra, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 488-490.

1.1.10 *Hipoteca flotante solidaria*

En este punto del análisis, merece la pena hacer una reflexión, siquiera somera, a si es posible garantizar mediante hipoteca flotante, entre otras obligaciones, una obligación que ya se encuentre previamente garantizada mediante hipoteca, en circunstancias tales que la suma de la responsabilidad hipotecaria de ambas hipotecas (la anterior y la flotante) supere dicho crédito doblemente garantizado.

La doctrina ha rechazado tradicionalmente la denominada “*hipoteca solidaria*”, entendida como aquella que recae sobre varias fincas en que cada finca responde de la totalidad de la deuda o en que la suma de las responsabilidades hipotecarias supera el crédito garantizado²⁸⁸. La DGRN la ha tachado en resoluciones bien antiguas (*vid.* RRDGRN de 24 de enero de 1916, 16 de marzo de 1929 –Repertorio Especial Aranzadi “Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil”, tomo XI, 3.ª ed., 1954–, 12 de marzo de 1936 –RJ 1936/809–, 4 de noviembre de 1968 –RJ 1968/5910– o 3 de mayo de 2000 –RJ 2000/5829–), más cercanas en el tiempo (RRDGR de 15 de junio de 1993 –RJ 1993/5345– y de 16 de marzo de 1999 –RJ 1999/2177–) y en algunas recientes, como las de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente). Aunque se relaciona la reprobación con la literalidad del art. 119 LH²⁸⁹ que, en caso de que se hipotequen varias fincas (“*a la vez*”) en garantía de un solo crédito, obliga a determinar “*la cantidad o parte del gravamen de que cada una deba responder*”, entendiendo que ésta debe ser una regla general que sólo cede en los casos legalmente admitidos (como los de los arts. 123 LH, 217 ó 218 b) RH²⁹⁰), el argumento esencial para la crítica es que dificulta el desarrollo del crédito

²⁸⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III, *op. cit.*, p. 757: “[...] nuestro derecho rechaza las hipotecas solidarias que [...] se darían en el caso de que, para responder del cumplimiento de una misma obligación, se gravasen varias fincas con distintas hipotecas, de modo que todas respondiesen por el todo de la obligación asegurada (hasta su satisfacción completa), y el acreedor pudiese ejecutar a su voluntad cualquiera de las hipotecas hasta el cobro íntegro de su crédito”.

²⁸⁹ En puridad, la literalidad de este artículo tampoco es demasiado concluyente; tan sólo la utilización de la expresión “*parte*” induce a pensar que es preciso repartir una responsabilidad igual a la deuda asegurada, como mucho, entre las distintas fincas hipotecadas, pero sin duda que esto sólo sería meridiano si en vez de emplear “*parte del gravamen*” se usara “*parte del crédito*”. El trasunto del art. 119 en el Derecho foral catalán sí es, por el contrario, más concluyente desde el punto de vista literal, puesto que se refiere a la “*parte*” del crédito que garantiza cada finca: “*El crédito, si existe más de una finca gravada, debe distribuirse necesariamente entre estas fincas para determinar la parte que garantiza cada una*” (art. 569-25.2). Vale la pena mencionar que el art. 569-25.2 se refiere sólo a la anticresis y no a la hipoteca.

²⁹⁰ En realidad, el inciso final del art. 218 RH (“*El acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho [...] dirigiéndose contra la totalidad del edificio*”) impide ver en este artículo, en puridad, un caso de hipoteca solidaria y ello porque, aunque la afección real se extiende a los “*pisos o departamentos*”, sólo parece caber la ejecución del edificio en su conjunto.

territorial y otorga al acreedor un beneficio desproporcionado sin una razón justificativa suficiente²⁹¹. Se cita, en apoyo de la tesis igualmente, la redacción de los arts. 246 LH, 216 RH o 14 de la LHMyPSD.

La RDGRN de 24 de enero de 1916 liga el rechazo de la hipoteca solidaria al principio de especialidad y a la sacralización del respeto al crédito territorial:

“Considerando que el principio de especialidad que sirve de base a la moderna legislación hipotecaria, en vez de la de generalidad de las hipotecas que informaba la antigua legislación, es aplicable, no sólo en cuanto hace referencia a las fincas gravadas, sino también en lo que atañe al crédito garantizado, cuya determinación o individualización se considera necesaria a la fecundidad del crédito territorial, para evitar que contratos calculados con toda prudencia y precisión se conviertan en juegos de azar”.

La RDGRN de 12 de marzo de 1936 (RJ 1936/809) que versa sobre la posibilidad de que se constituya una hipoteca sobre un bien suspensivamente condicionada a la insuficiencia de otra hipoteca sobre otro bien para satisfacer la misma obligación garantizada sin hacerse determinación de la parte cubierta por cada una de las hipotecas deniega la inscripción por no constar dicha distribución de responsabilidad, afirmando que *“aun admitiendo la validez de tal hipoteca subsidiaria, existiría indeterminación de responsabilidad de la finca, ya que esta no podría determinarse hasta que no se concretase el descubierto que quedare en la ejecución de la finca primeramente hipotecada, lo que sobre oponerse a las prescripciones de los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria, es atentatorio al libre desenvolvimiento del crédito territorial”*²⁹².

La resolución de 3 de mayo de 2000 (RJ 2000/5829) rechaza la hipoteca de un inmueble en garantía de una obligación previamente garantizada con hipoteca sobre otras cuatro fincas, salvo que se redistribuya la responsabilidad hipotecaria entre las cinco, sin que la expresión *“a la vez”* que emplea el art. 119 LH sea obstáculo para inaplicar la regla allí contenida (incluso en el caso de constitución sucesiva y no simultánea) sobre la base de una interpretación teleológica que es, en opinión de la

²⁹¹ La Exposición de Motivos de la ley de 1861 lo expresaba afirmando que, de permitirse las hipotecas solidarias, *“vienen a ser protegidas indirectamente por la Ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades de los préstamos sobre hipotecas”*.

²⁹² Sobre la articulación de esta resolución con la hipoteca flotante, véase AZOFRA VEGAS, Fernando: *“Hipotecas flotantes”*, *op. cit.*, p. 1.232.

DGRN, evitar la disminución del crédito territorial de las fincas y los abusos sin utilidad ninguna:

“Si la conveniencia de no disminuir el crédito territorial de una persona sin razón que lo justifique suficientemente («excluir inmoderadas exigencias de los prestamistas que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial las dificultades del préstamo sobre hipotecas», como señalaba la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861) y la necesidad de evitar las maquinaciones insidiosas a que se prestan las hipotecas solidarias, ha llevado a nuestro ordenamiento a prohibir la constitución de hipotecas solidarias, es evidente que aunque el tenor literal del precepto prohibitivo, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, hable de hipotecar «a la vez», ello no puede entenderse en el sentido de excluir sólo la solidaridad cuando en un mismo acto se hipotecan varias fincas, sino que, de conformidad con una interpretación teológica de las normas (cfr. artículo 3 del Código Civil), debe entenderse en el sentido de excluir el resultado de la afección hipotecaria que a la vez recae sobre varias fincas en garantía de un crédito, respondiendo cada una de ellas del total de la obligación garantizada”.

Finalmente, en las resoluciones de 2 y 3 de enero de 2013 relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes”²⁹³, la DGRN apela más genéricamente a los “*principios de libertad de la propiedad y de fomento del crédito*”, para justificar “*por las razones de analogía y supletoriedad legal [...] (cfr. artículo 4 número 1 del Código Civil y disposición adicional tercera de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión), y por razones igualmente de interpretación teleológica*” para fundar “*el repudio legal a la solidaridad en el ámbito de las garantías prendarias por infracción de tales principios*”. La DGRN considera “*especialmente visible*” la aplicación de esos principios al ámbito de las garantías mobiliarias registrables tras la modificación del art. 2 de la LHMyPSD operada por la Ley 41/2007, que permitió la

²⁹³

El supuesto de hecho de estas resoluciones es la constitución, por parte de una sociedad cooperativa, de varias prendas sin desplazamiento sobre determinados bienes descritos en la escritura (jamones y paletas identificados por sus crotales) en garantía de la deuda que pudiera surgir a cargo de la cooperativa frente a sus socios a consecuencia de los afianzamientos solidarios prestados por estos respecto de dos pólizas de préstamo y una de crédito concedidas a la cooperativa por sendas entidades bancarias. Las prendas se constituyen en la modalidad de garantía de deuda futura, a favor de cada uno de los fiadores solidarios, respecto de otras tantas partidas de bienes, hasta un máximo en cada uno de los casos de 100.000 €y por plazo de 2 años.

constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes ya hipotecados o pignorados o sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se encontrara íntegramente satisfecho.

La desconfianza hacia la hipoteca solidaria se articula, en general, en torno a un principio más amplio conforme al cual la agilidad del tráfico mercantil, el rigor de sus formas y la cortedad de sus plazos están intrínsecamente reñidos con la estabilidad, la ausencia de formalismos y la durabilidad propia de las relaciones en las que se visualiza el crédito hipotecario. Ya se hacía evidente dicha dicotomía en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria para justificar, por ejemplo, el rechazo a la movilización del crédito hipotecario mediante su incorporación a títulos no emitidos en serie²⁹⁴.

Aunque la DGRN ha rechazado sistemáticamente la hipoteca solidaria, existe un nítido paralelismo entre los arts. 123 LH, 217 ó 218 RH y el art. 1132 del BCG alemán, en el que se admite abiertamente (con el nombre de “hipoteca global” o “*Gesamthypothek*”):

“Si para una pretensión existe una hipoteca sobre varios inmuebles, responde cada inmueble por toda la pretensión. El acreedor puede lograr su satisfacción según su elección sobre cada uno de los inmuebles en su totalidad o en parte, a su elección. El acreedor está legitimado para dividir el importe de la pretensión sobre los inmuebles singulares de forma que cada inmueble sólo responda por el importe a él atribuido [...]”.

Obsérvese que la parte inicial sienta la misma línea de los arts. 217 ó 218 RH, en tanto que las últimas dos frases reproducen los efectos que el art. 123 LH atribuye (en la división de la cosa hipotecada) a la ausencia del consentimiento y a la prestación del consentimiento del acreedor. En el Derecho alemán, la división del inmueble único hipotecado o su conversión en copropiedad se admiten naturalmente como casos de hipoteca global (aquí hipoteca solidaria). La doctrina alemana justifica la utilidad de esta hipoteca en los casos de propiedad dispersa o dividida, cuando existen inmuebles pequeños y de poco valor, cuando el crédito que se quiere garantizar es muy grande (como en la industria), cuando varios copropietarios de un inmueble lo gravan en garantía de un mismo crédito, cuando se incorporan inmuebles nuevos como objeto de

²⁹⁴ Breve referencia en PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 28-29.

una hipoteca ya existente por su deterioro de valor o ante el apremio del acreedor o cuando se incorpora una hipoteca legal o forzosa sobre un inmueble en garantía de la misma obligación ya asegurada previamente sobre otro²⁹⁵.

En este debate, no existe una doctrina jurisprudencial, aunque parece aceptarse *obiter dicta* cuando se afirma:

*“En este sentido, como en el caso que nos ocupa, la hipoteca solidaria (concepto inducido de los artículos 119 y 123 de la Ley Hipotecaria), es aquella por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas”*²⁹⁶.

En mi opinión, yerra la DGRN al condenar la hipoteca solidaria. El art. 123 LH, al imponer la hipoteca solidaria en un supuesto de tan enorme frecuencia estadística como la división o la segregación de la cosa hipotecada²⁹⁷ debería permitir superar, a través de la interpretación sistemática (art. 3.1 CC), las dudas que suscita el interpretación literal del art. 119 LH cuando impone determinar *“la cantidad o parte del gravamen de que cada [finca] deba responder”* cuando se hipotecan varias fincas *“a la vez”*. Todas las argumentaciones de la DGRN en contra de la hipoteca solidaria se aferran, creo, a una visión demasiado simplista del crédito territorial: un bien con valor de 100 debe poder generar crédito por valor de 100, cualesquiera que sean las condiciones subjetivas del deudor u objetivas del bien (bien líquido o ilíquido, bien sujeto a apreciación o a depreciación previsible, etc.). Es un razonamiento excesivamente alejado de las exigencias del moderno tráfico económico, ruinosamente reduccionista. Un bien con valor de 100 puede generar crédito de 100, pero también crédito por mucho menor importe, sin que se pueda (o, mejor dicho, se deba) utilizar la Ley para constreñir las

²⁹⁵ FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: “Hipoteca global e hipoteca de propietario...”, *op. cit.*, pp. 6-13.

²⁹⁶ STS n.º 66/2005, de 4 febrero de 2005, Secc. 1.ª, Sr. Auger Liñán, RJ 2005/947, F.D. 2.º. El caso debatido no contemplaba un supuesto de división de la finca hipotecada, sino de constitución de hipoteca sobre varias fincas, cada una con su responsabilidad, posterior transmisión de algunas de ellas a terceros (que no son considerados por la sentencia terceros registrales de buena fe, al haberse levantado el velo con los deudores) y debate sobre la imputación de pagos parciales y la pretensión de liberación de las fincas adquiridas por los supuestos terceros

²⁹⁷ GONZALEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio: “Comentario a los artículos 119-125”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 6.º, Madrid: Edersa, 2000 (1.ª ed.), p. 453.

demandas del tráfico económico, la libre voluntad de dos partes mayores de edad para pactar los términos económicos de una hipoteca (inmuebles afectados, importe de la cobertura, partidas cubiertas o excluidas en la garantía, etc.). La referencia abstracta y genérica a los beneficios “*desproporcionados*” y “*sin razón justificativa suficiente*” que atribuye la hipoteca solidaria a los acreedores (por no hablar de la referencia a las “*maquinaciones insidiosas*” que usa en ocasiones la DGRN) descalifica de plano el razonamiento. Porque, ¿qué perjudica más el crédito territorial o protege más “*inmoderadamente*” al prestamista: que se hipotequen dos fincas de 5 de valor cada una de ellas en garantía de un crédito de 5 o que se hipoteque una finca de 1000 de valor en garantía de un crédito de 5? Pensar que un bien de 1000 de valor que se hipoteca en garantía de un crédito de 5 aún puede generar, en segundas o ulteriores hipotecas, crédito por 995 implica, nuevamente, bastante desconocimiento de la práctica de la financiación hipotecaria. Esa puede ser la conclusión en mera aproximación matemática, pero no es desde luego, la conclusión económica, ni en teoría ni mucho menos en la práctica. La Ley debe permitir todo negocio lícito, de forma que sean las partes las que, libremente, pacten los términos económicos que entiendan adecuados. Quizá el propietario que ofrece hipoteca sobre dos viviendas exactamente iguales en garantía cada una de ellas del 100% del crédito que ha obtenido para pagar el precio de una sola de ellas va a conseguir mejores condiciones económicas (tipo, plazo, otras garantías, etc.) que el que hipoteca sólo una de ellas en garantía de ese mismo crédito, o que el que hipoteca las dos pero haciendo a cada una de ellas responsable sólo por la mitad de ése. No hay que ver en la primera operación, necesariamente, una imposición abusiva o desproporcionada del acreedor al deudor y, si la hay por las circunstancias concretas, pues el Derecho dispondrá de los resortes que permitan combatirla, como, por ejemplo, en el ámbito de la contratación con consumidores, el art. 8 b) LGDCU (principio general de protección de los derechos económicos de los consumidores frente a prácticas comerciales desleales y cláusulas abusivas), el art. 49.1 i) (infracción por inclusión de cláusulas abusivas), el art. 60.2 e) (obligación de facilitar al consumidor información previa al contrato específicamente en relación con las garantías exigidas de éste), los arts. 61.2 y 61.3 (integración contractual de la oferta previa, la promoción y la publicidad), el art. 65 (integración contractual a beneficio del consumidor), 80 (cláusulas no negociadas individualmente) y los arts. 83 y ss. (cláusulas abusivas) y, en particular el 82.4 d) (exigencia de “*garantías desproporcionadas*” al consumidor), o, con carácter más general, los principios de ejercicio de los derechos conforme a las

exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), interdicción del abuso de derecho (art. 7.2 CC), las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1.281 y ss. CC), etc.

La protección del acreedor es netamente mejor en la primera operación que en las otras dos y ello debería, en un mercado eficiente y de libre competencia, plasmarse en mejores condiciones para el deudor en otros extremos (tipo de interés, plazo, calendario de amortización, etc.). La prohibición de una hipoteca solidaria guarda, en mi opinión, la misma razonabilidad (por mejor decir, la misma irrazonabilidad) que la prohibición por ley de la venta de un bien por importe inferior al valor que un tercero haya dado o al del último precio por el que fue adquirido. Es querer poner puertas al campo; es utilizar la Ley para encorsetar el tráfico económico, como en los viejos sistemas de planificación estatal de la economía. Por eso, en mi opinión, debería abandonarse este rechazo histórico de la hipoteca solidaria y abogar por una interpretación del art. 119 LH que, sobre la base de “*la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada*” (art. 3.1 CC) permita a las partes, en pleno ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), asegurar con varias fincas una misma obligación, aunque la suma de las responsabilidades hipotecarias supere el importe del crédito.

Alguien pensará que sólo desde la ingenuidad o desde un franco sesgo *pro creditoris* se puede hablar de equilibrio entre las partes en el crédito bancario, especialmente en momentos de neta escasez de crédito como el actual. Y es cierto que en una situación de crédito escaso, los acreedores sólo financian a los deudores más solventes, con las mejores y mayores garantías y con condiciones más viradas a favor del acreedor. Al igual que en las de crédito exuberante, más deudores se benefician de la competencia entre entidades para conseguir más crédito y en mejores condiciones. Pero salvo que impongamos la concesión de crédito a las entidades en las condiciones que fije el Estado o defendamos cualquier otra forma de intervención del Estado en decisiones económicas puramente privadas (por más repercusión que tengan en la economía y, aún más importante, en la vida de las personas) nuestras normas civiles e hipotecarias deberían servir para regular las relaciones entre las partes con ecuanimidad, tanto en unos como en otros momentos. Y en todos ellos, creo que se puede decir con contundencia que la prohibición de la hipoteca solidaria perjudica la concesión de crédito.

En mi opinión, más que vetar la figura, los esfuerzos deberían ponerse en la búsqueda del más justo equilibrio de los intereses entre los diversos afectados,

particularmente para el caso en que existan titularidades distintas sobre los bienes solidariamente responsables. Si la divergencia de titularidades y derechos es anterior o coetánea a la constitución de la hipoteca, es previsible que los propietarios y el acreedor hayan acordado las reglas de actuación en caso de ejercicio de los derechos del acreedor frente a uno o varias de los bienes solidariamente responsables pero no todos, sobre los derechos de los propietarios de los bienes agredidos por el acreedor que hayan satisfecho la deuda para dirigirse (hipotecariamente) frente a los demás bienes, etc. Por lo general, la multiplicidad de titularidades implicará a su vez diferentes relaciones de deuda entre el acreedor y cada propietario hipotecante (algunos serán deudores, otros fiadores, otros solamente fiadores reales...) y/o entre los hipotecantes entre sí (relaciones deudor-fiador, de co-fianza, etc.). Puesto que esos pactos configuran el derecho real de hipoteca (y sus derechos accesorios, como el de subrogación), deberían tener acceso al registro (art. 51.6.^a RH) y ganar así oponibilidad *erga omnes* (art. 13 LH). La RDGRN de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/5345) atribuye plena validez y eficacia *erga omnes* a los pactos de los propietarios de las fincas solidariamente responsables en la relación interna, a efectos de la acción de regreso que corresponda al que de ellos posea la totalidad del crédito por el pago²⁹⁸.

Pero si la divergencia de derechos y titularidades sobreviene *a posteriori*, no existirán probablemente convenciones que sirvan de guía. En particular, resulta debatible si la liberación sobrevenida de uno de los bienes, por consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario, debe perjudicar a los titulares de derechos sobre los demás bienes responsables o si, por el contrario, deben poder oponerse éstos a la cancelación en la medida en que no afecte proporcionalmente y por igual a la hipoteca establecida sobre todos los bienes solidariamente responsables. O si, en caso de pago al acreedor de la totalidad de la deuda por el propietario de uno de los bienes gravados, se subroga en la posición hipotecaria del acreedor respecto de la hipoteca sobre los demás bienes (esto parecería la consecuencia de los arts. 1.210.3.º y 1.212 CC, además de ser la fórmula que emplea el art. 118 LH cuando el vendedor satisface la deuda hipotecaria que recae sobre un bien que vendió con retención o descuento de precio en atención,

298

“En este sentido, lo primero que debe destacarse es la indudable eficacia que en la relación interna entre los propietarios de las diversas fincas resultantes de la división de la que en su día fue hipotecada –y a efectos de la acción de regreso que corresponda al que de ellos posee la totalidad del crédito– tiene un acuerdo entre ellos sobre la distribución de responsabilidad hipotecaria que pesa sobre las mismas, y la no necesidad de ratificación de tal acuerdo por dichos propietarios –o quienes de ellos traigan causa– [...]” (F.D. 2.º).

precisamente, de la existencia de la hipoteca), pero no para reclamar la totalidad de la deuda de los demás bienes gravados, sino sólo la cuota que, en el total de los bienes solidariamente responsables, tiene cada uno de ellos. Y ello porque, de reconocerle derecho a agredir los demás bienes por la totalidad de la deuda, puede llegar a repercutir en los demás propietarios íntegramente el pago hecho al acreedor, fomentándose así actuaciones oportunistas de los propietarios de los bienes solidariamente afectados, de forma tal que sean los últimos propietarios de bienes a los que se dirige el acreedor o los demás propietarios los que acaban por soportar la totalidad de la deuda, sin justificación alguna (argumento de la “concentración” del gravamen).

Del principio de “*unidad de gravamen*” que resulta del art. 122 LH no se puede extraer, sin pecar de voluntarismo, que el propietario del bien gravado resultante de la división del bien hipotecado –en el caso previsto en el art. 123 LH– que haya pagado al acreedor la totalidad de la deuda no pueda dirigirse frente a los demás bienes resultantes de la división sino por la parte proporcional y no por la totalidad. La lectura del art. 125 LH casi apunta en la dirección contraria cuando afirma que no se puede “*exigir*” la cancelación de la hipoteca sobre ninguno de los bienes sobrevenidamente responsables solidarios (a consecuencia de una división, sin distribución por el acreedor de la responsabilidad entre los bienes resultantes de la división) si ha habido un pago parcial; *ergo*, si el pago ha sido total, sí sería posible la cancelación de la carga sobre alguno de los bienes (paradigmáticamente, cuando el que haya pagado la totalidad no haya sido el deudor sino el tercer poseedor de uno de los bienes), quedando los demás pues sujetos a responsabilidad hipotecaria por el todo. Por otra parte, asimilar a los diversos titulares de los bienes solidariamente responsables a codeudores solidarios (para aplicar el art. 1.145 CC respecto de la acción del que pagó al acreedor frente a los demás) o a cofiadores (para aplicar el art. 1.844 CC) tampoco es natural, porque algunos pueden ser deudores, otros fiadores y otros terceros ajenos a la deuda. Si, por ejemplo, el deudor hubiera enajenado cualquiera de los inmuebles resultantes de la división a tercero con retención de la carga hipotecaria conforme a lo previsto en el art. 118 LH y el comprador abonara el importe total debido al acreedor, el comprador no sólo no tendría acción para reclamar del resto de los propietarios o titulares de derechos sobre los demás inmuebles resultantes de la división, sino que estaría incluso obligado a satisfacer al vendedor la cuantía en la que la retención superara el pago efectuado²⁹⁹. Tampoco es

299

En contra, ROCA SASTRE, Ramón, Roca SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan:

posible exigir el consentimiento de los demás propietarios de bienes solidariamente responsables de una hipoteca (por ejemplo, sobrevenidamente a consecuencia de la división de la finca en el caso del 123 LH u originariamente) como condición adicional al consentimiento del acreedor para la cancelación de la carga hipotecaria respecto de uno de dichos bienes solidariamente responsables (en el caso del Derecho alemán, es claro que no se exige consentimiento ni del deudor ni de ninguno de los titulares de derechos sobre los bienes solidariamente responsables). La “concentración” del gravamen que la DGRN quiere evitar negando la cancelación parcial de la carga sobre una de las fincas solidariamente responsables sin el consentimiento de los dueños de las demás fincas se produce igualmente si el acreedor compra una de ellas (y en ese caso, no cabe duda de que el comprador-acreedor cancelará la hipoteca sobre la finca adquirida sin exigirse el consentimiento de los propietarios de las demás fincas solidariamente responsables para ello), o si se destruye una de ellas³⁰⁰. Forzando en mi opinión las normas, la doctrina sentada por la DGRN, sin embargo, ha exigido el consentimiento de los demás titulares de los bienes resultantes de la división, segregación o división horizontal para la liberación hipotecaria consentida por el acreedor de uno de las fincas o pisos resultantes, pese a que el art. 125 LH al prohibir “exigir la liberación de ninguna parte de los bienes” sobrevenidamente responsables solidarios en caso de un pago parcial del crédito, predica esa imposibilidad “de exigir” del tercer poseedor o del deudor, sin que de ahí se desprenda que el acreedor no pueda, por sí, liberar los bienes gravados que le plazcan. Y ha afirmado (la DGRN) que la acción que tiene el dueño del bien resultante de la división que paga al acreedor para dirigirse frente a los demás bienes no es por el todo de la deuda, sino por “lo que les corresponda proporcionalmente”³⁰¹ a los demás propietarios, sin aclarar a qué proporción se refiere la DGRN. Esa “proporción” no podría ser respecto de la responsabilidad (ya porque no se haya hecho distribución alguna, ya porque la hecha por el propietario o propietarios no ha sido aceptada por el acreedor), por lo que cabe pensar que se refiere al valor de las fincas (tal vez al valor en el momento de la división

Derecho Hipotecario, tomo VIII, *op. cit.*, pp. 285-286, que sin embargo enfatiza que no está claro en qué medida podría dirigirse frente a los demás propietarios de los bienes solidariamente responsables.

³⁰⁰ ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: Comentario a la RDGRN de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/5345), *CCJC* n.º 32, 1993, pp. 714 y 715.

³⁰¹ RDGRN de 30 de mayo de 2012 (BOE n.º 155, de 29 de junio, pp. 46226-46231), con cita de abundantes resoluciones anteriores, como la de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988/1314), 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/2514) o de 5 de junio de 2009 (RJ 2010/1653).

de la que nace la solidaridad³⁰², o quizá al momento de la primera acción que dirija el acreedor que pagó frente a los demás...). Para afirmar esa acción de regreso “*proporcional*”, la DGRN se ve en la necesidad de asimilar las relaciones entre los titulares de los bienes solidariamente responsables a las de los cofiadores (y así imponer la exigencia del art. 1.844 CC). La DGRN es sin duda bienintencionada: es consciente de que predicar el derecho del titular de uno de los inmuebles solidariamente responsables que paga el crédito a dirigirse hipotecariamente frente a los demás bienes gravados por la totalidad podría generar comportamientos ventajistas de los distintos titulares, amén de una potencial conflictividad entre ellos, en merma de la seguridad y agilidad del tráfico jurídico-inmobiliario. Y también que los titulares de los bienes solidariamente responsables cuyo consentimiento no se exigiera para la liberación de la hipoteca de uno de ellos soportarían, en última instancia, las consecuencias del impago y de la ejecución de la hipoteca, sin poder “*repercutir*” cuota alguna de ese esfuerzo a los titulares del bien prematuramente liberado, lo que le hace presumir un “*enriquecimiento injustificado*” en éstos últimos y, en última instancia, un ineficaz funcionamiento del tráfico inmobiliario. Pero fuerza excesivamente las interpretaciones.

Por todo ello sería conveniente *de lege ferenda*:

- (a) permitir de forma expresa la constitución convencional de una hipoteca solidaria;
- (b) establecer de forma expresa un régimen de exigencia o no de consentimientos de los titulares reales sobre cada bien responsable solidariamente como condición (adicional, se entiende, al consentimiento del acreedor) para la cancelación de la hipoteca sobre uno de esos bienes e incluso, reconocer libertad a las partes para modificar convencionalmente el régimen legal (obviamente, con trascendencia real) sin otros límites que los generales sobre la configuración de derechos reales en nuestro ordenamiento; y
- (c) establecer también expresamente que el pago hecho por el titular de uno de los bienes solidariamente responsables le atribuye acción para dirigirse hipotecariamente contra los demás bienes por la totalidad o sólo por una parte y,

³⁰²

En la RDGRN de 15 de junio de 1993 (1993/5345), la DGRN asimila esa cuota de reparto interno con los porcentajes de participación de cada una de las fincas resultantes de una división horizontal (en el caso, la constitución de subrégimen de propiedad horizontal sobre un garaje): “*En el caso planteado [...] resulta con toda claridad cuál es la cuota que corresponde a cada condueño de plaza de aparcamiento en relación con la total finca hipotecada [...] y por tanto, cuál es, a efectos internos, la cuota que corresponde a cada uno de ellos en la responsabilidad hipotecaria que pesa sobre el total local hipotecado*” (F.D. 3.º).

en este caso, determinar con claridad cómo se fija esa parte³⁰³, e incluso, reconocer libertad a las partes para modificar convencionalmente el régimen legal (con trascendencia real), nuevamente con los límites generales sobre la configuración de derechos reales en nuestro ordenamiento.

Al margen de esta apelación, más general, en defensa de la hipoteca solidaria y la exhortación a una regulación legal más detallada en este punto, toca ahora considerar si las particulares características de la hipoteca flotante (en particular, la indiferenciabilidad de la garantía) pueden permitir (aún sin haberse superado el rechazo general a la hipoteca solidaria) el supuesto que abre este sub-apartado.

VALERO FERNÁNDEZ REYES³⁰⁴ estima que sí, al menos en relación con las hipotecas flotantes constituidas en escenarios de refinanciación global en garantía de obligaciones ya aseguradas hipotecariamente, con una argumentación que, sin embargo, no alcanzo a comprender. Y es que tras enunciar que *“en virtud de la naturaleza de esta hipoteca flotante, las obligaciones garantizadas con la misma no pierden su propia individualidad y la posibilidad de ejecución por otras acciones que les pertenecieran, es decir, que el acreedor puede optar por realizar el valor de unas u otras fincas para cobrarse”* (que entiendo y comparto) afirma que *“ejercitada una no podrá ejercitar la otra acción hipotecaria, aunque no se haya cobrado toda la deuda, por lo que no existe una auténtica solidaridad”* (que no entiendo ni comparto, pues el acreedor puede ejecutar la hipoteca primera y, si no cobra la totalidad del crédito, la flotante y a la

³⁰³ Una referencia, no necesariamente la óptima en mi opinión, puede ser el valor de los bienes en el momento de la ejecución que se sigue contra uno de ellos, como propone el art. 3.171 del Código civil argentino: *“El tercer poseedor, si se opone al pago o al abandono del inmueble, está autorizado para hacer citar al juicio a los terceros poseedores de otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, con el fin de hacerles condenar por vía de indemnización, a contribuir al pago de la deuda en proporción al valor de los inmuebles que cada uno poseyere”*. Este mismo criterio de valor relativo de los bienes solidariamente obligados sigue el art. 1172 (2) BGB cuando atribuye a cada uno de los propietarios de los inmuebles solidariamente obligados por una “hipoteca de propietario” *global* el derecho a circunscribir o limitar la hipoteca que grava su inmueble precisamente al importe del crédito asegurado que es proporcional a la relación entre el valor de su finca y el valor de todas las fincas. Vale la pena enfatizar que el Derecho alemán no presupone necesariamente que el pago del crédito por parte de alguno de los propietarios de los bienes solidariamente responsables le atribuye acción hipotecaria respecto de los demás bienes. Más bien es al contrario: el principio general (art. 1173 (1) BGB) es que el pago del crédito por parte de uno de los propietarios le atribuye a él una hipoteca de propietario sobre su propia finca, al tiempo que se extinguen las hipotecas sobre las restantes fincas solidariamente hipotecadas; la excepción (art. 1173 (2) BGB) es que si el propietario de una de las fincas tiene, por el pago del crédito, acción o derecho de compensación frente a alguno de los propietarios de los demás bienes solidariamente responsables o de un antecesor en el dominio, entonces la hipoteca global sobre esa finca también pasa a él para asegurar ese derecho de compensación, manteniéndose como hipoteca global junto con la hipoteca de propietario que conserva sobre su propia finca.

³⁰⁴ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 230.

inversa). Añade que no existirá, en esos supuestos, una coincidencia total entre la obligación asegurada por la primera hipoteca (un crédito) y por la hipoteca flotante (pues, en el supuesto de refinanciación global que estudia al tratar este asunto, con la flotante se garantizarán la totalidad o muchos de los créditos refinanciados, entre los que se incluirá el garantizado con la hipoteca anterior) y que acaso se ejecute la flotante por el incumplimiento de otra cualquiera de las obligaciones garantizadas (respecto de las que no acontece la solidaridad). Todo esto es cierto pero no parece concluyente, pues el rechazo de la hipoteca solidaria en la doctrina de la DGRN se basa en el mero peligro que supone para el desarrollo del crédito territorial o para los derechos del propietario (al imponerle una onerosidad desproporcionada, sin razón suficiente) y no tanto en que, de forma efectiva, se contraiga el crédito territorial o se impongan cargas desproporcionadas y sin razón justificada al propietario.

Prescindiendo ahora de la exhortación para superar el rechazo a la hipoteca solidaria en general, considero que sería aún admisible defender la validez de una hipoteca flotante como la que se analiza (ya sea previa, posterior o simultánea a la otra hipoteca de la que resulta la solidaridad) y ello en atención al principio de la indiferenciabilidad de la flotante y a las matizaciones a los principios de accesoriedad y de especialidad señalados que impone. La total responsabilidad hipotecaria de la flotante puede, en efecto, servir de cobertura a la obligación “doblemente” asegurada pero también a cualquiera de las demás obligaciones garantizadas. En tanto en cuanto no se distribuya la responsabilidad hipotecaria de la flotante entre las distintas obligaciones por ella garantizadas el pecado de la solidaridad es sólo teórico, no pasa de la potencia. Como el 100% de la flotante puede servir en su totalidad a las demás obligaciones no doblemente aseguradas, no se da la merma o menoscabo del crédito territorial que el rechazo de la solidaridad trata de evitar.

Como segundo argumento, podría tratar de encontrarse, en el art. 153 bis LH, esa regla de cobertura, esa excepción legal expresa que, según la doctrina restrictiva de la DGRN, ampara en determinados supuestos la solidaridad. Así, la DGRN, tras declarar enfáticamente la contundencia de la prohibición, con base en los arts. 119, 124 ó 126 LH o 216 RH, se ve forzada a reconocer que la prohibición admite excepciones, aunque exige que sean expresas:

“[...] si bien es cierto que la prohibición como tal admite excepciones, como la del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, no lo es menos que éstas

deberán ser expresas, sin que pueda asumirse su presunción” (RDGRN de 16 de mayo de 2012, RJ 2012/7867).

En esta resolución, la DGRN se plantea, incidentalmente, la apelación al art. 153 bis LH para circunvalar la prohibición, rechazándolo de forma expresa (“*Tampoco el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria ampara una eventual responsabilidad solidaria de las fincas dadas en garantía*”), pero pesa mucho en esta conclusión, creo, que se trataba de una única deuda garantizada y no de una multiplicidad de obligaciones:

“[...] además, el presente expediente no [se] refiere a una eventual multiplicidad de obligaciones garantizadas a favor de la Administración, sino a una única deuda ya estimada respecto de la que se pretende suspender su ejecutividad por causa de interposición de recurso económico-administrativo, razón por la que se ofrecen en garantía de ulterior pago distintas fincas registrales en la cuantía total al efecto estipulada, debiéndose en consecuencia distribuir la responsabilidad hipotecaria”.

Me parece que puedo invocar las palabras de la Dirección General en esta resolución en defensa de mi tesis: cuando en la hipoteca flotante (“*sobrevenida*”) se garanticen una pluralidad de créditos, en especial si los hay futuros (“*eventual multiplicidad*”), y respecto de alguno o algunos de ellos no se dé la situación de solidaridad, la indiferenciabilidad propia de la flotante permite entender que, hasta que se concrete (en caso de que se concrete) la responsabilidad hipotecaria de que responde cada crédito garantizado por la flotante, el art. 153 bis LH sirve de “*excepción expresa*” a la prohibición del art. 119 LH y permitiría, en consecuencia una hipoteca flotante.

En conclusión, creo que es posible garantizar con una hipoteca flotante un crédito que ya se encuentre asegurado previa o simultáneamente con otra hipoteca (o incluso que ésta última se constituya después de la flotante) aunque no se distribuya la parte del crédito que queda garantizada por las fincas afectas a la flotante y a la otra hipoteca siempre que:

- (a) se trate de una flotante global, o de una flotante en garantía de una multiplicidad de obligaciones (presentes y/o futuras); y,
- (b) la flotante permanezca en situación de indiferenciabilidad (o, habiéndose roto la indiferenciabilidad, la suma de la responsabilidad hipotecaria atribuida en la flotante al crédito “doblemente” garantizado y la de la otra hipoteca no supere el

crédito).

1.2 El acreedor hipotecario

1.2.1 La limitación subjetiva del acreedor hipotecario flotante

El régimen legal es restrictivo. Sólo se permite hipoteca flotante en garantía de cualquiera de las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la LRMH, de las administraciones públicas (si bien, en este último caso, a la condición subjetiva se añade una objetiva respecto de la naturaleza de las obligaciones garantizadas) y, a partir del 24 de marzo de 2013 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero), de la SAREB. Queda vedada, por tanto, la constitución de hipotecas flotantes en garantía de cualquier otro acreedor³⁰⁵.

La opción de política legislativa quizá sea criticable. La Ley pretende, según la Exposición de Motivos, flexibilizar “*el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes»*” para “*generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas*”. Reconociendo el claro predominio de las entidades financieras en la financiación de las

³⁰⁵

Como enfatiza la RDGRN de 20 de junio de 2012 (BOE n.º 178, p. 53721 de 26 de julio de 2012): “*Esta hipoteca especial, por sus características singulares, sólo es admitida en la legislación vigente a favor de entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la ley de regulación del mercado hipotecario o a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de Seguridad Social [...]*” “*El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria impide que pueda constituirse hipoteca global y flotante a favor de cualquier acreedor, limitándola a los acreedores de las clases anteriormente expresadas a las que se refiere este precepto*”. La RDGRN de 28 de junio de 2012 (BOE n.º 225, p. 65481 de 18 de septiembre de 2012) rechaza la inscripción de una hipoteca flotante del art. 153 bis LH a favor de una sociedad de garantía recíproca por entender que este tipo de empresas, aunque son “*entidades financieras*” (art. 1.3 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo) que tienen como objeto social “*el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares*” (art. 2 de la Ley 1/1994), no figuran en la relación del art. 2 de la LRMH (ciertamente no son ni bancos, ni entidades oficiales de crédito, ni cajas de ahorros, ni la Confederación Española de Cajas de Ahorros, entidades de crédito, ni cooperativas de crédito, entendiéndose la RDGRN que tampoco merecen la consideración de “*establecimientos financieros de crédito*”, pues aunque entre las actividades que realizan los establecimientos financieros de crédito se refiere específicamente “*la concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares*” (apartado (e) del apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero), las sociedades de garantía recíproca no se benefician de la reserva de denominación social de “*establecimiento financiero de crédito*” (o su abreviatura “E.F.C.”) (apartado 3 de la citada Disposición Adicional Primera), ni su creación está sujeta a autorización por parte del Ministerio de Economía, previo informe del Banco de España (apartado 4), ni, en fin, están sujetos a las restantes exigencias de capital mínimo, inscripción en el registro administrativo especial del Banco de España, etc. a que se refiere el art. 5 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, que regula el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

empresas, las familias y las instituciones, no puede obviarse el papel que las entidades no financieras también desempeñan en el crédito, si no tanto a las familias, sí a las instituciones y empresas (financiaciones entre empresas del grupo, créditos comerciales, etc.). Esta limitación se trata de explicar en la Exposición de Motivos en la conveniencia, “*dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas* [las entidades de crédito]”, como levantando de manera no expresa alguna sospecha sobre la actuación de las entidades no financieras³⁰⁶.

Soy consciente de la mala prensa que tienen en este momento las denominadas “entidades de refinanciación” o “agrupación de deudas”³⁰⁷. También de la enorme trascendencia mediática de algunos fracasos empresariales en el ámbito de la filatelia y su asimilación (o intento de asimilación) a la actividad financiera. Pero estos hechos singulares, dispersos y de poca trascendencia económica deberían ser combatidos por las vías preventivas o recriminatorias habilitadas (legislación de protección de consumidores, prácticas desleales, etc.), administrativas, civiles o incluso penales o extendiendo legalmente el ámbito de la actividad supervisora de las autoridades sectoriales (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.), sin ser usadas como excusa para negar un instrumento de la potencialidad de la hipoteca flotante a los agentes económicos “no bancarios”. Hasta ahora, el legislador había venido caminando por la senda de reconocer mayoría de edad a los operadores económicos no bancarios, otorgándoles derechos o prerrogativas inicialmente reservadas a las entidades de crédito (como la facultad de certificar el saldo líquido exigible a efectos de ejecución contenida en los arts. 572.2 y 573.1.2º LEC). La Ley 41/2007, al reservar para las entidades financieras la hipoteca inversa (Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007) o la hipoteca recargable (prevista en el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la redacción introducida por el art. 13 de la Ley 41/2007) camina en la

³⁰⁶ “*Parece que el legislador confía que tal control de carácter administrativo sustituirá satisfactoriamente la limitación que los clásicos principios hipotecarios venían a imponer en la constitución de garantías reales*” (MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, p. 47).

³⁰⁷ GONZÁLEZ-MENESES, Manuel y RODRÍGUEZ, Carlos E.: “Un mundo de oportunidades: Se buscan inversores para participar en operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria” en *El Notario del Siglo XXI* n.º 10, noviembre-diciembre 2006, pp. 22 y ss. GONZÁLEZ-MENESES, Manuel y RODRÍGUEZ, Carlos E.: “Un mundo de oportunidades (y II): Refinanciación de las hipotecas mediante préstamos concedidos por particulares: una inversión inquietante”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 12, marzo-abril 2007, pp. 44 y ss. Editorial “Por fin controles a la refinanciación” en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 13, mayo-junio 2007, pp. 8 y ss.

dirección contraria.

La hipoteca flotante podría ser perfectamente usada como refuerzo del crédito comercial entre empresarios. Es, además, una opción de política legislativa que contraría algo la tendencia europea. Así, en el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito hipotecario de la Unión Europea, la Comisión reconoce estar “*en principio, a favor de autorizar que las entidades no bancarias desarrollen actividades de préstamo hipotecario*”, preocupada solamente porque “*ello no vaya en ningún caso en perjuicio de una actitud responsable en la concesión de los préstamos, ni en la estabilidad financiera y la eficacia de la supervisión*”. Creo que las opciones de política legislativa a favor del crédito bancario, si bien entendibles en un esfuerzo coordinado por ofrecer a la economía en general mejores condiciones de financiación, no deberían hacerse en perjuicio del crédito no bancario, con reglas excluyentes. Más bien al contrario, lejos de reservar al crédito bancario parcelas o nichos de actividad (hipoteca flotante, hipoteca inversa, etc.), deberían potenciarse las ventajas, la protección o la efectividad de las garantías de que disfruta el acreedor profesional, sea una entidad de crédito o no, de la misma forma que la normativa de consumidores ofrece idéntica protección al consumidor cuando contrata con empresarios bancarios que cuando contrata con empresarios no bancarios. Creo que se incurre en ocasiones en el error de privilegiar el crédito bancario entre el crédito profesional (lo que resulta en la discriminación del crédito profesional no bancario), en la creencia de que eso mejora la eficiencia del crédito en general³⁰⁸, cuando más bien debería hacerse lo contrario para fomentar la competencia entre los distintos tipos de créditos profesionales, bancario y no bancario. Por ello, me parece que la decisión de limitar subjetivamente la titularidad de las hipotecas flotantes a entidades de crédito, administraciones públicas y la SAREB debiera ser revisada *de lege ferenda*. La misma extensión sobrevenida del beneficio de la hipoteca flotante a la SAREB, que no es una entidad de crédito pero sí un acreedor “profesional” (uno de los mayores del país) apoya esta tesis.

Es cierto, en todo caso, que esta opción de política legislativa en favor de las entidades financieras es difícilmente atacable en base a argumentos de discriminación

³⁰⁸

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUROHIPOTECA: “Proyecto de Investigación Europeo “Eurohipoteca”: puntos para la discusión” (*European Research project on Eurohypothe: points for discussion*), RCDI n.º 685, septiembre-octubre 2004p. 2471: privilegiando el crédito bancario se podrá “concentrar los préstamos en instituciones financieras que tienen mejores condiciones de financiación de manera que el mercado pueda ofrecer mejores condiciones. Esto es beneficioso para aumentar el mercado de cédulas hipotecarias y de bonos de titulización hipotecaria”.

(*ex art. 14 CE* por ejemplo) o de competencia entre agentes económicos a la vista de los pronunciamientos del TC en materia de régimen procesal de ejecución de créditos bancarios³⁰⁹.

Resulta incontrovertido por ello que los notarios no deberían autorizar, ni los registradores inscribir, una hipoteca flotante constituida *ab initio* en favor de un acreedor no bancario, salvo que sea una administración pública o la SAREB.

Surge, sin embargo, la duda de la calificación que habría de darse a una hipoteca flotante constituida en favor de un acreedor bancario en garantía de una o más obligaciones en las que con posterioridad se subroga (vía art. 1.211 CC, por ejemplo) un acreedor no bancario (que no sea la SAREB o una administración pública) o se ceden a éste. Parecería que la inscripción de esa subrogación (o cesión de créditos) en el registro de la propiedad, por más que debiera ser consecuencia obvia del principio de accesoriedad de la garantía, chocaría con un argumento de legalidad derivado de la limitación subjetiva del acreedor hipotecario del art. 153 bis LH. El acreedor no bancario no puede inscribir su título de adquisición para que el registro publicite su derecho real sobre la hipoteca. Eso se me antoja incontestable. Pero eso no impide la plena eficacia de la cesión de los créditos garantizados por la flotante, porque lo contrario supondría interpretar el principio de accesoriedad al revés. Y la imposibilidad de inscripción de la hipoteca a favor del cesionario no bancario tampoco determina la resolución o extinción de la hipoteca, para lo cual se necesitaría un acto expreso de cancelación por parte del titular registral (aún, el cedente) (*ex arts. 76 y 82 LH; 174 RH*) o una sentencia que declare la extinción del derecho de hipoteca (*ex art. 79 LH*) (sin que la falta de inscripción del derecho del nuevo acreedor sea supuesto legalmente tipificado de nulidad o ineficacia sobrevenida) o la extinción del crédito (que no se ve afectado por el mero hecho de la cesión al acreedor no bancario, aunque dicha cesión no se inscriba en el registro e incluso aunque no se documente en instrumento público, *vid. art. 1526, segundo párrafo CC*) y, a consecuencia de la accesoriedad, de la hipoteca (art. 1.857, 1º CC).

³⁰⁹ SSTC n.º 14/1992 de 10 de febrero de 1992 (Sr. Leguina Villa) (RTC 1992/14), n.º 26/1992 de 5 de marzo de 1992 (Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) (RTC 1992/26), n.º 47/1992 de 2 de abril de 1992 (Sr. López Guerra) (RTC 1992/47) o n.º 141/1995 de 3 de octubre de 1995 (Sr. Jiménez de Parga y Cabrera) (RTC 1995/141). Expone la STC n.º 14/1992 que “*las diferencias que median entre las Entidades de crédito, ahorro y financiación, por un lado, y todos los restantes acreedores, por otro, [...] son suficientes para que el legislador establezca a favor de las primeras un régimen procesal especial que facilite la realización de sus créditos*”.

Y todo ello obviamente sin perjuicio de que el pago hecho por el deudor al cedente que continúa como acreedor en el registro antes de haber tenido conocimiento de la cesión sea liberatorio (y, en consecuencia, extinga la deuda) (art. 1.527 CC) y le permita interesar la cancelación de la hipoteca. En efecto, si el art. 176 RH permite interesar la cancelación al deudor que ha pagado al cedente cuando no conste en el registro habersele dado conocimiento de la cesión, incluso en el caso de que ésta se haya inscrito, tanto más cuando la cesión no ha tenido reflejo registral. Más genéricamente, se podrá cancelar la hipoteca en virtud de sentencia que declare la extinción del crédito por el pago liberatorio efectuado al cedente por el deudor al que no se le ha notificado la cesión.

Y ni siquiera se puede decir que el acreedor no bancario (distinto de la SAREB o de las administraciones públicas, se entiende) quede privado, *ad eternum*, de los derechos y acciones que se atribuyen a la hipoteca flotante. Tendrá, desde luego, una dificultad de legitimación para ejercitar dichos derechos (en la medida en que el registro no publicita su derecho), sin que esa dificultad sea más relevante, o más gravosa, que aquélla a la que se enfrenta el cesionario no inscrito de un crédito asegurado con hipoteca de seguridad. Y ello porque mientras que la inscripción de la hipoteca, dado su carácter constitutivo, es condición *sine qua non* de su validez (y, por eso, la hipoteca flotante constituida inicialmente a favor de un acreedor no bancario, ni de la administración pública ni de la SAREB no llega a nacer), la inscripción de la cesión tiene eficacia meramente declarativa en la opinión doctrinal y jurisprudencial más asentada (que se analiza en el Capítulo VI), incluso tras la modificación del art. 149 LH operada por la Ley 41/2007.

La cesión del crédito cubierto por una hipoteca flotante al acreedor no bancario (que tampoco sea administración pública o la SAREB) no perjudica el crédito mismo, salvo, obviamente, que alguna norma exija o imponga una condición subjetiva de entidad financiera al acreedor para la validez del crédito, lo que no es el caso en nuestro Derecho. Por tanto, la asunción de la titularidad de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por parte de un acreedor no bancario (que tampoco sea administración pública o la SAREB), aunque no pueda hacerse constar en el registro, no da lugar a la resolución o nulidad de la hipoteca.

La hipoteca flotante tampoco permanece, sólo por consecuencia de la imposibilidad de inscripción de la misma a favor del cesionario o *solvens* que no reúna

el atributo subjetivo establecido, en poder del acreedor bancario cedente o *accipiens* porque los arts. 1.212 y 1.528 CC establecen lo contrario, sin que ello impida, naturalmente, la cancelación voluntaria de la hipoteca previa o simultánea a la cesión del crédito.

Si se ceden al acreedor no bancario todos los créditos existentes cubiertos por una hipoteca flotante, y el cedente no se reserva en la cesión el derecho a cubrir créditos futuros con la hipoteca (en una global), el cedente (o *accipiens*) pierde cualquier derecho sobre la hipoteca. Pero que el cedente (o *accipiens*) los pierda y el acreedor “no cualificado” (no bancario, no administración pública, no SAREB) no pueda inscribir la hipoteca a su favor no significa que la hipoteca se extinga (y el registro continuará publicitando la titularidad hipotecaria del acreedor originario, como ocurre en otros muchos supuestos de discrepancia entre la realidad registral y la extrarregistral). El acreedor no bancario (no administración pública, no SAREB) debe poder ceder los créditos garantizados nuevamente o novarlos, renunciar total o parcialmente a su hipoteca flotante, etc. Otro acreedor bancario pudiera igualmente subrogarse en la posición del no bancario en los créditos garantizados (y, con ello, en la hipoteca flotante). Las dificultades para la inscripción de todos esos negocios (por aplicación de los principios de legalidad, tracto sucesivo, etc.) no alcanzan a invalidarlos. Y en el momento más fundamental de la hipoteca, cuando se ejercita la acción real, el desajuste del registro no impedirá la plena eficacia de los derechos del acreedor.

Lo que la Ley ha de querer evitar es que se utilice la hipoteca flotante en garantía de una o más obligaciones presentes y/o futuras, definidas con la menor exigencia del art. 153 bis LH, como antes se expuso, por parte de un acreedor que no reúna las condiciones subjetivas exigidas en el tipo. Pero cuando la hipoteca flotante sólo garantiza una obligación presente o una obligación futura, no debería haber objeción alguna a la cesión de esa obligación, con su hipoteca, a un cesionario que no cumpla el requisito subjetivo³¹⁰; o cuando, cubriendo la hipoteca una variedad de

³¹⁰ SAP de Murcia nº 33/2003, de 24 de enero de 2003, Secc. 4.^a (Sr. Pacheco Guevara) (AC 2003/204) confirma que no existe requisito o condicionante subjetivo alguno en el acreedor de la hipoteca del art. 153 LH: “*La hipoteca de máximo constituida por el matrimonio codemandado con la mercantil actora en modo alguno puede tenerse por ilegal, al producirse en el seno y ámbito de lo enunciado por el art. 153 de la LH, cuyo párrafo quinto en modo alguno empece a la posibilidad de que este tipo de contratos de garantía real sean concertados por sociedades que no reúnan la condición de Bancos, cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, pues ni el indicado precepto, ni algún otro apartado legal obstruyen aquélla posibilidad*”.

obligaciones presentes y/o futuras, se cede sólo una obligación presente o una obligación simplemente futura. Tampoco ahí se justificaría, ontológicamente, denegar al cesionario el derecho a inscribir la garantía accesoria a la obligación que se le cede (puesto que esa garantía, aunque constituida como flotante del art. 153 bis LH, no es más que una hipoteca ordinaria o de seguridad normal en cuanto a ese cesionario aprovecha). Y debe recordarse en todos esos casos el mandato contenido en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, precisamente al hilo de la explicación de la hipoteca flotante, a *“todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad”* para que *“entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios”*.

1.2.2 ¿Cui prodest? ¿Al acreedor hipotecario flotante o al dueño de la cosa hipotecada?

La titularidad de la hipoteca flotante del art. 153 bis LH ha de recaer, por tanto, en alguno de los tres tipos de acreedores allí mencionados. De ahí debería desprenderse, de forma pacífica, que la posibilidad de extender crédito futuro que quede cubierto por una hipoteca global se configura legalmente a favor del acreedor flotante. Esto es, aunque obviamente para que surja ese nuevo crédito llamado a quedar cubierto por una hipoteca global, se hace preciso el consenso negocial sobre el nuevo crédito del acreedor y del deudor, surgido éste, es el acreedor flotante el beneficiario de la extensión de la garantía al nuevo crédito.

Frente a esto, BERMEJO PUMAR³¹¹ ha propuesto una tesis ciertamente sugerente (y rompedora) que mantiene que es el propietario del bien, y no el acreedor hipotecario, a quien corresponde el derecho a la reutilización o recarga de la hipoteca flotante. Siguiendo muy de cerca la orientación positiva del Derecho francés expuesta en el Capítulo II anterior sobre la hipoteca recargable³¹², defiende que no es el acreedor

³¹¹ BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

³¹² Esta autora pone en estrecha relación la hipoteca recargable francesa y el art. 153 bis LH (en este mismo sentido, véase la enmienda de supresión n.º 17 defendida por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds en el trámite de aprobación de la Ley 41/2007 en el Congreso), cuando en la doctrina, se ha buscado más la correlación entre la recargable francesa

hipotecario flotante a quien cabe, a su discreción, extender la protección de la hipoteca al crédito futuro que pueda surgir frente al deudor (objetivamente integrado en la cesta), sino que es el propietario del bien quien puede “*designar*” al acreedor o acreedores que podrán beneficiarse de la hipoteca flotante, con la única condición, claro, de que ostenten alguna de las condiciones subjetivas que el art. 153 bis LH impone (esto es, ser entidades financieras, administraciones públicas o la SAREB), incluso en el caso de que acreedor hipotecario inicial haya extendido crédito y esté pendiente de reembolso. Se basa esta postura en los siguientes argumentos:

- (a) El art. 153 bis LH no contiene ninguna previsión expresa que contradiga la norma general en nuestro Derecho de que es el dueño que tiene la libre disposición del bien quien puede onerarlo mediante su afección al crédito, a cada crédito. El art. 153 bis LH no atribuye esa facultad al acreedor, por lo que no se puede interpretar en sentido contrario al art. 107 LH. Además, esa interpretación es coherente con dos de los objetivos más cacareados de la Ley 41/2007: abaratar los costes del establecimiento y aseguramiento hipotecario y fomentar la eficiencia y la competencia en el mercado del crédito.
- (b) En la hipoteca recargable francesa, que para esta autora es el germen de la hipoteca flotante del art. 153 bis LH, se admite expresamente que puede el dueño afectar créditos sucesivos o simultáneos, incluso de acreedores distintos, lo cual se justifica en la necesidad de asegurar la competencia entre las entidades de crédito, y de impedir un encadenamiento injustificado del deudor al acreedor. Según esta autora, cualquier cláusula contractual o interpretación de la norma que atribuyera al acreedor (y no al deudor) la facultad de afectar el crédito a la garantía encontraría los límites infranqueables de las cláusulas abusivas establecidos en la LGDCU (bajo los epígrafes de imposición de garantías desproporcionadas del art. 88; desequilibrio de derechos y obligaciones del art. 82, vinculación del usuario a la voluntad del empresario acreedor del art. 87 e incluso contra la facultad del usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario acreedor en el caso de que se niegue a conceder crédito del art 86.5.7), así como, más vagamente, los límites genéricos de los usos asentados en el tráfico internacional (prohibición de actuaciones que excluyan la competencia, de actuaciones que

y la novación modificativa del principal de los préstamos hipotecarios prevista en el art. 4 de la Ley 2/1994 (conforme a la redacción dada en la Ley 41/2007).

limiten de forma excesiva la libertad económica del deudor, etc.).

- (c) El art. 153 bis LH no impone que se determine a la concreta entidad financiera (o administración pública) titular. Antes al contrario, la utilización del plural en el párrafo primero y la expresa declaración de la innecesariedad de relación causal entre los créditos garantizados hace más coherente defender lo contrario. El art. 153 bis LH puede servir como garantía de varios créditos (presentes o futuros), pero no puede ser admitida como hipoteca global en garantía de todos los créditos del acreedor hipotecario (o de los que éste quiera). La dicción del art. 153 bis LH no permite por sí mismo resolver todas las objeciones que la doctrina de la DGRN había suscitado sobre la hipoteca flotante antes de la Ley 41/2007 y no resulta de su redacción “*el apoyo al reconocimiento de facultades extraordinarias y contra-sistema en el acreedor*”³¹³.
- (d) El gravamen económico real que supone la garantía no viene determinado por la responsabilidad hipotecaria que publicita el registro, sino por el crédito efectivo que se ponga a disposición. Cuanto más largo sea el plazo de potencial recarga o reutilización de la garantía, mayor será el gravamen efectivo que soporte el deudor y los titulares registrales posteriores. Titulares que tienen, en nuestro sistema jurídico, derecho al avance de puesto en el registro (cada vez que la obligación garantizada por una carga anterior se reduzca). Por eso, considera esta autora que el derecho de realización de la hipoteca por el acreedor está sujeto, como condición de ejercicio, a la exigencia de la constancia registral del crédito, sin que este pueda imponerse, conforme al art. 144 LH, a los titulares intermedios (se agrede el derecho de mejora de las cargas posteriores si se les impide avanzar de puesto al anteponer los derechos nacidos después de los ya inscritos). No es posible defender, según esta interpretación, que el deudor prestó un consentimiento anticipado a la afección del crédito a la garantía, dada la potencial indeterminación casi absoluta sobre el crédito al tiempo de la constitución de la hipoteca (“*la descripción de los actos jurídicos básicos*”) y teniendo en cuenta además que no se impone ninguna limitación cuantitativa a la reutilización de la garantía durante el plazo de la hipoteca (que es lo único que debe consignarse).
- (e) La constancia registral del crédito garantizado (cuando surja) sólo podrá alcanzarse mediante su otorgamiento en escritura pública (lo que se hace derivar

³¹³

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 19.

del art. 17 de la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y 144 del Reglamento de organización y régimen del notariado).

- (f) Y, pese a que se acaba defendiendo el derecho del dueño a la reutilización de la garantía (a la afectación de la garantía a un crédito futuro, aún de diferente acreedor), sostiene esta autora que no habría, en esta interpretación, una “hipoteca de propietario”, dado que durante el periodo en que no hay crédito, los titulares posteriores tendrían derecho al avance de puesto (sin que corresponda éste al dueño) (se aparta aquí, sin embargo, del modelo francés que para ella es paradigma, puesto que en Francia el dueño conserva el derecho a reutilizar la garantía aún extinguido totalmente el crédito inicial, a favor de un nuevo acreedor —el mismo o distinto—, incluso aunque haya titulares registrales posteriores). Conforme a esta autora, una hipoteca sin crédito es mera apariencia que no perjudica a tercero.
- (g) Puesto que la reutilización de la garantía se establece en beneficio del dueño, la cancelación de la hipoteca no exige el consentimiento del acreedor hipotecario (basta con probar que el crédito se satisfizo). Tampoco podrá el consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario provocar la cancelación de la hipoteca, pues el dueño puede seguir queriendo reutilizarla.

En definitiva, sostiene esta autora una concepción realmente abstracta de la hipoteca flotante: se trata de defender tanto la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito aún en relación a la hipoteca flotante (por ejemplo, exigiendo la constancia registral del crédito y vedando su acceso en caso de existencia de titulares registrales intermedios) que se acaba por construir una hipoteca abstracta, o casi abstracta, una hipoteca a beneficio del dueño de la cosa hipotecada. Demasiado a babor, acaba siendo a estribor. Y no es que esté yo, por definición, en contra de que se recorra camino en pos de la abstracción de la hipoteca. Pero *de lege lata*, creo que la interpretación que se hace del art. 153 bis LH es forzada. Y es que una de las cosas más paradójicas que se advierte al leer algunas opiniones sobre la Ley 41/2007 y sus efectos en el sistema hipotecario es que, bajo la coraza de la proclamación a gritos de la accesoriedad y la determinación de la hipoteca, como instrumento para rechazar la hipoteca abstracta o independiente, algunos acaban por hacer accesorio el crédito respecto de la hipoteca³¹⁴.

³¹⁴

CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 25. Se afirma, por

Frente a todo ello, creo que la interpretación tradicional en nuestra doctrina antigua en torno a la accesoriedad de la hipoteca de máximo³¹⁵ sigue siendo aplicable a la flotante.

Sólo el dueño de la cosa que tiene la plena disposición (art. 1.857.3º CC) puede constituir la hipoteca. Puede hacerlo en garantía de uno o varios créditos, presentes o futuros, pero completamente determinados. Y también puede hacerlo (porque así lo permite expresamente el art. 153 bis LH) en garantía de créditos indeterminados, determinables por mera referencia a los actos jurídicos básicos de los que vayan a surgir. En este caso, para que ese consentimiento produzca el efecto jurídico de afectar el crédito futuro a la garantía, podrá ser necesario un nuevo consentimiento negocial del propietario y del acreedor (concertación de alguna de las operaciones objetivamente integradas en la descripción de los actos jurídicos básicos indicados en la escritura de hipoteca), sólo del acreedor o, incluso, de ninguno de ellos (por ejemplo, si se cubre el derecho del acreedor a repetir contra el dueño un efecto descontado por un tercero, o la acción de regreso del avalista, la responsabilidad civil del propietario, etc.). Y si surge ese crédito objetivamente amparado por la garantía, perjudicará al dueño de la cosa (sea o no sea el deudor en ese momento o a la constitución), a los titulares registrales posteriores y a los acreedores de unos y otros, porque ese es en nuestro Derecho el efecto de una hipoteca inscrita (arts. 1.858, 1.875, 1.876 CC; 12, 32, 34, 38, 104 LH, etc.). El art. 153 bis LH puede no ser completamente acertado en su redacción. Podría haber sido más detallado al regular las relaciones de cotitularidad en la hipoteca, las facultades del dueño en cuanto a la cancelación de la garantía, etc. Pero lo que parece que ofrezca duda alguna es que ha querido establecer una nueva modalidad de hipoteca (y no otra cosa): si se exigiera una nueva prestación de consentimiento por parte del deudor, el consentimiento de los titulares registrales posteriores, la aquiescencia de los acreedores del dueño (si estuviera en concurso) o la plena capacidad de disposición del dueño al tiempo de la afección del crédito futuro a la hipoteca como requisito para la oponibilidad de la hipoteca respecto de ese crédito (o del derecho de realización del

ejemplo, que “*el nacimiento y existencia de la hipoteca no depende del nacimiento y existencia del crédito*”, no sólo en razón de la diferente exigencia para la constitución de una y otra -“*inscripción constitutiva de la hipoteca*” se recuerda-, sino porque la admisión de la hipoteca en garantía de obligación futura “*significa el reconocimiento legal de la posibilidad de que el derecho de garantía anteceda al crédito*”. Sí, es verdad. ¿Y?

315

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca de seguridad”, en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios...*, *op. cit.*, p. 707. En el mismo sentido, y también antes de la aprobación de la Ley 41/2007, PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipoteca de máximo en garantía...”, *op. cit.*, pp. 196-197.

acreedor hipotecario de la cosa hipotecada en caso de impago de ese crédito) simplemente tendríamos algo que no es una hipoteca³¹⁶. Del mismo modo, los titulares registrales posteriores no tienen derecho al avance de puesto por el hecho de que uno de los créditos cubiertos haya sido amortizado total o parcialmente (salvo si se hubiera distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones aseguradas), porque la misma y única hipoteca flotante, hasta el límite de su responsabilidad hipotecaria, cubre los créditos existentes y los futuros llamados a integrarse en la hipoteca, desde que surgen hasta que desaparecen, manteniéndose la hipoteca incluso para el caso de que, momentáneamente, se hayan extinguido todos los créditos amparados, en tanto sea posible (teóricamente posible, no necesariamente probable) el surgimiento de nuevos créditos llamados a quedar cubiertos por la garantía.

El Derecho francés permite en efecto al dueño la recarga de una hipoteca constituida en garantía de un préstamo o crédito bancario ya existente (con la excepción únicamente del crédito *revolving*), incluso en favor de un acreedor distinto del inicial, aunque el crédito hipotecario inicial no haya sido totalmente satisfecho. Y para ello, (a) tiene que imponer al acreedor inicial la obligación de informar al notario constituyente de la cancelación del crédito (para su constancia registral); (b) impone al notario autorizante de la recarga la obligación de certificar que el crédito garantizado no sobrepasa la parte de la responsabilidad hipotecaria prevista en el acto constitutivo que aún pueda quedar afecta a la garantía de créditos distintos del inicial, (c) regula pormenorizadamente las relaciones entre los acreedores sucesivos y (d) contempla expresamente la posibilidad de recarga de la garantía pese a haber sido completamente amortizado el crédito inicial.

Nuestro Derecho no recoge nada de ello en relación al art. 153 bis LH, lo que condena en el mejor de los casos a la tesis anterior al campo estricto del análisis *de lege ferenda*. *Ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, tacuit*. Nada en la dicción literal del art. 153 bis LH apoya el argumento de que indiferenciabilidad de la hipoteca flotante se

³¹⁶ A las justificaciones jurídicas de la preferencia del acreedor inscrito respecto del no inscrito, o del inscrito de rango anterior respecto del de rango posterior, me refiero en otro momento en este trabajo. Quiero aquí apuntar, simplemente, que no hay que ver en esas preferencias un asunto de “justicia” o “injusticia” material. Aceptada la preferencia, es forzoso admitir que es el deudor el que libremente la otorga a aquél acreedor a favor del cual constituye hipoteca, con todos los efectos que eso comporta. CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, p. 873-874: “[...] no puede decirse que sea más o menos justo que un partícipe en el mercado del crédito adquiera preferencia antes que otro, porque precisamente el sistema de prelación de créditos permite que el deudor que consienta la constitución de una hipoteca beneficie a los acreedores que libremente elija”.

establece a beneficio del propietario, de que es el propietario, y no el acreedor, la parte a quien corresponde el poder de “utilizar” la cobertura hipotecaria, o de identificar al acreedor cuyo crédito pasa a beneficiarse de la garantía en cada momento. La hipoteca recargable francesa no ha sido el modelo del art. 153 bis LH (sino el modelo de la modificación introducida por la Ley 41/2007 en el art. 4 de la Ley 2/1994, que es la humilde “hipoteca recargable” española). El hecho de que el art. 153 bis LH no presuponga la efectiva existencia de crédito inicial (como sí lo hace la hipoteca recargable francesa o la española del art. 4 de la Ley 2/1994), ni imponga al acreedor hipotecario o al deudor la efectiva concertación de crédito futuro o la constancia registral de las vicisitudes de las relaciones crediticias entre ellos, ni limite la posibilidad de utilización futura de la garantía (esto es, la afección del crédito futuro a la hipoteca) mediante la obligación de determinar exhaustivamente el crédito futuro al tiempo de la constitución, o limitar su importe máximo, o el número máximo de veces que se puede “recargar”, impide que se pueda defender, con convicción, la tesis de BERMEJO PUMAR, pese al meritorio esfuerzo de análisis jurídico que supone.

En las antípodas de esta teoría, quizá, podemos ver otra que defiende una aplicación del principio de accesoriedad a la hipoteca del art 153 bis LH sólo relevante en el momento de la ejecución; la accesoriedad ha de darse entre la hipoteca y la obligación u obligaciones incumplidas, no entre aquélla y la relación jurídica de la que éstas derivan. La hipoteca sólo precisa de una obligación (de la que ser accesorio) al tiempo de la ejecución. Por eso, según esta teoría, es suficiente con que los terceros estén informados de la extensión del gravamen en importe y plazo que el registro publicita y que se satisfaga la exigencia estructural de la accesoriedad sólo al tiempo de la ejecución (por ejemplo, a través del trámite de la integración registral o extrarregistral preciso para la ejecución)³¹⁷.

Tampoco me resulta enteramente convincente: si la flotante ha nacido como hipoteca de tráfico en garantía de una única obligación, o de varias obligaciones presentes, ¿cómo defender la aplicación a la flotante de una exigencia de accesoriedad diferente de la tradicional? Si, aun tratándose de una flotante en garantía de obligaciones futuras (determinadas o indeterminadas) se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, ¿en base a qué sostener que la responsabilidad hipotecaria atribuida a una obligación que se ha extinguido (por

³¹⁷ NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Los problemas de las hipotecas flotantes”, *op. cit.*, pp. 190 y 194.

ejemplo, por pago) no se ha perdido irremediabilmente otorgando a los terceros registrales derecho de avance de rango?

En definitiva, creo que la hipoteca flotante del art. 153 bis LH sigue siendo accesoria, tanto a la constitución, como en la fase estática como, en fin, a la ejecución, si bien esa accesoriedad está mitigada, dulcificada si se quiere, a consecuencia de los dos rasgos más específicos y más singulares de la hipoteca del art 153 bis LH, a saber, la indiferenciabilidad de la garantía y su virtualidad para cubrir obligaciones puramente futuras³¹⁸, enteramente dependientes de la prestación de nuevos consentimientos negociales³¹⁹. En todo caso, la decadencia o vaciamiento del principio de accesoriedad es una tendencia imparable en los últimos sesenta años. Principio atacado desde diversos flancos, la jurisprudencia y la doctrina más inmovilista ha ido concediendo paulatinamente palmos de espacio a una visión más autónoma, más independiente, de la hipoteca, si bien aún no desligada funcional, ontológica y causalmente del crédito garantizado, sí al menos con mayor independencia respecto de él³²⁰. La hipoteca flotante del art. 153 bis LH no es (o, por mejor decir, no tiene que ser) necesariamente contradictoria con el principio de accesoriedad, pero sí que permite alimentar (o alentar) la pugna por su progresivo debilitamiento.

1.2.3 El caso particular de la SAREB como acreedor hipotecario flotante

A partir del 24 de marzo de 2013 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero), la SAREB puede ser también beneficiaria de hipotecas flotantes. En efecto, la Disposición Final Tercera del citado Real Decreto-Ley 6/2013 introduce un nuevo apartado i) en el artículo 36.4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito por el que se otorga a la SAREB ser “*beneficiaria de las hipotecas de máximo previstas*

³¹⁸ O “meramente posibles”, como las denomina CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga...*, op. cit., pp. 33, 50 y 136.

³¹⁹ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, op. cit., p. 307. En contra, MONTÁNCHÉZ RAMOS que parece exigir, en todo caso, que la generación futura de las obligaciones no dependa de ulteriores consentimientos: “[...] en base a tal precepto [el 1.273 CC] no cabe que las obligaciones inicialmente garantizadas estén descritas de tal manera que su contenido deba ser completado por un nuevo acuerdo de las partes o mediante un acto de manifestación de voluntad por alguno de ellos” (MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, op. cit., p. 48).

³²⁰ Un ejemplo de esto puede ser la STS de 28 de noviembre de 1953 (Sr. Valledor) (RJ 1953/3141) (que cita la RDGRN de 31 de enero de 1925) que permite la ejecución de una hipoteca en garantía de una obligación futura sin que constase la anotación marginal del nacimiento de la obligación, admitiendo la prueba extrarregistral de la obligación.

en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que estuvieran constituidas sobre los activos que se le hubiesen transmitido al amparo de lo previsto en esta Ley, o de las que se constituyan en lo sucesivo”.

Aunque la intención parece ser que la hipoteca flotante a favor de la SAREB participe de las mismas características de la hipoteca flotante “bancaria”, lo cierto es que la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley no es excesivamente expresiva porque justifica todas las modificaciones de la Disposición Final Tercera de dicho Real Decreto-Ley (que no se circunscriben sólo a extender el beneficio de la hipoteca flotante a la SAREB) a la necesidad de que *“la SAREB pueda desarrollar de forma eficaz las funciones que tiene encomendadas”* (apartado IV de la Exposición de Motivos).

A pesar de que dicha innovación legislativa entró en vigor el 24 de marzo de 2013, ha permitido la inscripción a favor de la SAREB de las hipotecas flotantes constituidas con anterioridad a favor de las entidades de crédito del Grupo 1 y del Grupo 2 que, en virtud de la ejecución de lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 9/2012, habían transmitido anteriormente a la SAREB activos crediticios asegurados con ese tipo de hipoteca. Y también permitirá la inscripción de cualquiera otra hipoteca flotante constituida con anterioridad o posterioridad al 24 de marzo en favor de cualquier otra entidad de crédito que se vea en el futuro sujeta a un proceso de reestructuración o resolución bancaria conforme a lo previsto en la Ley 9/2012 en el seno del cual, se ordene la cesión de créditos garantizados con este tipo de hipoteca a favor de la SAREB.

Igualmente, la norma permitirá igualmente la constitución, tras el 24 de marzo de 2013, de nuevas hipotecas flotantes a favor de la SAREB. Aunque la Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley 6/2013 no establece ninguna limitación respecto de las nuevas hipotecas (esto es, las constituidas tras el 24 de marzo de 2013) entiendo que sólo serían válidas aquellas que se constituyeran en el ejercicio de las funciones propias de la SAREB (conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 9/2012 y en el Capítulo IV del Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos y de sus patrimonios separados) y ello porque la modificación legal que extiende a la SAREB el *“privilegio”* de poder ser titular de una hipoteca flotante (que, como se analizó en el sub-apartado inmediatamente anterior, el legislador de la Ley 41/2007 quiso de forma expresa limitar su beneficio a determinado tipo de acreedores, subjetivamente

determinados) se justifica en el Real Decreto-Ley precisamente en el más eficaz desarrollo de las funciones que tienen encomendadas, por lo que no sería admisible que se beneficiara de ese régimen un tanto excepcional para cualquier otra finalidad (esto es, respecto de actos o negocios que no entronquen directamente con el desarrollo de las funciones legalmente establecidas para dicha sociedad). Como se desprende de la Ley 9/2012 y del Real Decreto Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, las sociedades de gestión de activos son una de las herramientas de reestructuración y resolución bancaria que acoge nuestra normativa. Dentro de la especie de las sociedades de gestión de activos, se encuentra el género de la SAREB.

En el caso de que, en el contexto de otras actuaciones de reestructuración o resolución de entidades de crédito conforme a lo previsto en la Ley 9/2012, se ordenara por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (“**FROB**”) la transmisión por parte de la entidad de crédito en reestructuración o resolución (o sus sociedades dependientes) de ciertos activos crediticios asegurados con hipoteca flotante a una sociedad de gestión de activos distinta de la SAREB, entiendo que esta otra sociedad de gestión de activos no se beneficiaría, por vía de analogía, de la extensión del beneficio de titularidad activa de hipotecas flotante concedido a la SAREB en el Real Decreto-Ley 6/2013. Y ello porque el legislador de la Ley 41/2007 restringió subjetivamente el universo de acreedores hipotecarios flotantes y el Real Decreto-Ley 6/2013 no cuestiona dicha opción de política legislativa, sino que se limita a extender el beneficio a una única entidad, la SAREB (y, además, limitando la extensión del beneficio a la cesión de los activos crediticios que reciba de entidades de crédito en resolución o reestructuración o en desarrollo de las funciones que tiene encomendadas).

Se plantea una última duda en relación a si en las hipotecas flotantes a favor de la SAREB, es posible pactar la liquidación unilateral de la deuda por parte del acreedor. Naturalmente, la duda se plantea porque el Real Decreto-Ley 6/2013 no ha alterado la redacción del art. 153 bis LH, cuyo penúltimo párrafo por tanto sigue refiriéndose a la liquidación efectuada por la “*entidad financiera acreedora*”. Podría pensarse, en una primera aproximación, que la extensión a la SAREB de la facultad de liquidar unilateralmente la cantidad exigible no resulta, de forma necesaria, de la ampliación a la SAREB del beneficio de la titularidad de hipotecas flotantes que hace el Real Decreto-Ley 6/2013. Y ello no tanto porque el Real Decreto-Ley 6/2013 sea omiso en cuanto a este extremo (que lo es), sino porque la liquidación unilateral no es una determinación

necesaria de la hipoteca flotante (*“Podrá pactarse...”*). Dado el carácter restringido o excepcional de la hipoteca flotante del art. 153 bis LH, como abiertamente se enfatiza en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, que la liquidación unilateral es un elemento no esencial, y que el Real Decreto-Ley 6/2013 no contempla una directriz expresa al respecto, se puede defender una conclusión negativa.

La postura negativa, sin embargo, me parece incorrecta por las razones que expongo a continuación:

- (a) Aunque la facultad de liquidación unilateral no es, en efecto, requisito necesario de la hipoteca flotante, es un elemento natural en este tipo de garantía. Se puede apostar, sin asumir grandes riesgos, que la inmensa mayoría de las hipotecas flotantes titularidad de las entidades de los Grupos 1 y 2 que han cedido a la SAREB créditos en el proceso de reestructuración bancaria contienen la cláusula de liquidación unilateral por el acreedor, y no siguen el sistema de doble libreta del art. 153 LH ni, desde luego, remiten la determinación a lo que resulte en un proceso declarativo o al acuerdo con el deudor sobre la cantidad debida. Si la SAREB pudiera inscribir a su favor estas hipotecas (que es lo que resulta del Real Decreto-Ley 6/2013), pero no pudiera liquidar la deuda unilateralmente en la forma prevista en esas escrituras, SAREB se vería obligada, en ausencia de pacto con el deudor, a promover un procedimiento declarativo para alcanzar dicha determinación, lo cual comprometería de forma importante la necesidad de que *“la SAREB pueda desarrollar de forma eficaz las funciones que tiene encomendadas”*, que es la finalidad declarada del Real Decreto-Ley 6/2013.
- (b) Como se ha expuesto anteriormente, ni la facultad de liquidación unilateral de la deuda es un “privilegio” reservado sólo a las entidades de crédito (o, más específicamente, a las entidades a las que se refiere el art. 2 LRMH), ni el art. 153 bis LH es novedoso cuando permite a las partes establecer este pacto en las escrituras de constitución de hipotecas flotantes, y ello porque la LEC contempla generosamente esta determinación unilateral por el acreedor en los arts. 575.2 y 573 LEC, sin establecer ningún requisito o condición subjetiva (al contrario que el art. 695 LEC en sede de oposición a la ejecución: *“[...] cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgado por entidades de crédito”*). El art. 153 bis LH no es, una disposición excepcional, ni limitativa de derechos,

que tenga que ser objeto de interpretación restrictiva (art. 4.2 CC y 9.3 CE).

1.2.4 La determinación del acreedor hipotecario por mera referencia a su condición de entidad de crédito

Me planteo en este apartado si podría constituirse una flotante en garantía de entidades de crédito no identificadas individualmente (*quidam* entidad de crédito), en garantía de créditos presentes y futuros derivados de los negocios más habituales en la práctica, dejando pues al propietario-deudor plena libertad para extender la protección de la hipoteca a los créditos que tenga a bien. La extensión podría hacerse a través de la nota marginal del art. 143 LH.

Como he explicado ya, la DGRN ha rechazado tradicionalmente la posibilidad de anteponer la garantía hipotecaria a la obligación en aquellos casos en los que la obligación futura no derive de una “*relación jurídica básica*” ya existente entre acreedor o deudor, y también en los casos en los que la obligación estaba perfectamente identificada –desde el punto de vista objetivo– pero existía una absoluta indeterminación en cuanto al acreedor, por ejemplo, cuando la hipoteca se constituía en garantía de una o más obligaciones a la orden o al portador (sin constituir una emisión) que mantiene el emisor en su mano antes de su endoso o entrega a terceros: el crédito estaba objetivamente determinado –mediante su incorporación al título–, pero faltaba la identificación de la condición subjetiva del acreedor.

El art. 153 bis LH permite superar la primera de las objeciones (como ya he explicado), pero no la segunda. Dice por ejemplo la RDGRN de 14 de enero de 1999 (RJ 1999/47):

“Si bien es cierto que no cabe en nuestro sistema la hipoteca en garantía de una obligación derivada de un título individual que permanece aún en manos de su acreedor (sic) por cuanto se vulneraría flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario (no hay obligación actual y su futura existencia depende absoluta y exclusivamente de la voluntad del deudor e hipotecante [...]) y se eludiría el carácter de ius cogens de las normas sobre prelación de créditos”.

El art. 153 bis LH admite cierta indeterminación objetiva de la obligación. Pero no contempla la indeterminación subjetiva total. Sí sería posible, sin embargo, la constitución de una hipoteca flotante en garantía de una obligación a la orden o al

portador que se endosa a favor de una entidad de crédito determinada, incluso aunque esté llamada a circular, sin que en tal caso fueran aceptables las reservas que la DGRN adujo en relación a este tipo de negocios apelando a la desconexión causal entre la hipoteca y el crédito “*al modo de la deuda territorial alemana que no tiene encaje normativo en nuestro ordenamiento*”³²¹.

La falta de identificación del acreedor hipotecario contravendría igualmente el art. 51.9.^a RH.

1.3 El deudor

1.3.1 La inexistente delimitación subjetiva del deudor

Aunque al tiempo de la aprobación definitiva del art. 153 bis LH en las Cortes Generales se usó fundamentalmente el argumento de que era un mecanismo imprescindible para lograr una adecuada financiación de las pequeñas y medianas empresas, la condición subjetiva del deudor no es un elemento configurador de la hipoteca flotante. Durante la tramitación de la Ley 41/2007, tanto en el Congreso como en el Senado, algunos grupos parlamentarios trataron de vedar la utilización de la hipoteca flotante para la financiación a las familias, con el argumento de no introducir más instrumentos que contribuyeran a agrandar el ya por entonces excesivo endeudamiento de las familias españolas³²². Pero estas enmiendas no fueron finalmente aceptadas. Puede, por tanto, ser deudor una pequeña, mediana o gran empresa, un particular e incluso una administración pública³²³.

³²¹ F.D. 7.º de la RDGRN de 17 de septiembre de 1996 (La Ley 9746/1996). Ídem RRDGRN de 24 de enero de 1997 (RJ 1997/283). Vale la pena mencionar, en todo caso, que el Tribunal Supremo había sancionado la validez de la hipoteca constituida en garantía de una emisión de obligaciones a la orden o al portador suscritas por tercero al deudor tras considerar (en el F.D. 3.º) la doctrina de la DGRN sobre el particular: “[...] si en la misma escritura de emisión, o inmediatamente después, aparece un legítimo suscriptor de esas obligaciones, no podría sostenerse con fundamento que estuviésemos en presencia de una hipoteca de propietario”.

³²² BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 302 de 22 de noviembre de 2007, p. 15019. Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. En la exposición de este grupo parlamentario se constata, con contundencia, que no hay limitación subjetiva en el lado deudor: “[...] se afirma en las motivaciones de la enmienda en el Senado, la pactada entre CIU y el Grupo Socialista, que ésta hipoteca de máximo flotante solo va destinada a financiar actividades empresariales. Pero, ¿saben cuál es el problema? Que en el texto que han incorporado en la ley eso no se dice; eso no se explica”.

³²³ Se ha afirmado que el sentido de la ley es limitar la hipoteca flotante como instrumento de garantía de deudas empresariales (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, p. 259), pero lo cierto es que en la norma finalmente aprobada no se recoge limitación o determinación alguna respecto del deudor hipotecario.

1.3.2 La propensión al sobreendeudamiento y su puesta en relación con la diferente naturaleza de los deudores

Un argumento de crítica tradicionalmente empleado respecto de la hipoteca global ha sido que esta modalidad permite o potencia el sobreendeudamiento del deudor o de que se configura, en primer término, como instrumento a favor de la banca para facilitar financiación a un deudor “ahogado”³²⁴. Así, sólo un año después de la promulgación de la Ley 41/2007, se formulaba una proposición no de ley³²⁵ encaminada, entre otros extremos, a “[s]uprimir la modalidad de hipoteca flotante” con el principal argumento de que fomentaba un inmoderado endeudamiento, “incentivando el rigor de la inevitable contracción”. Pero, sin perjuicio de la crítica (o hasta repugnancia) que pueda merecer una actuación del acreedor como la indicada, lo cierto es que el argumento no puede acogerse de forma abstracta sin, al tiempo, dar por sentada la minoría de edad mental de los deudores o la más abyecta mezquindad en los acreedores.

Es verdad, sin embargo, que la diferente estructura económica de los patrimonios empresariales (o profesionales) y los patrimonios de consumidores y familias determina relevantes diferencias en torno al comportamiento relacional de los acreedores de dichos patrimonios, tanto en la génesis del crédito y de la garantía, como ante los trances de incumplimiento y ejecución. Los patrimonios empresariales o profesionales se caracterizan por un valor dinámico, resultante de la disposición u organización de los medios productivos que soportan una determinada actividad económica, frecuentemente mayor (salvo en los escenarios de crisis) que la de la suma de los elementos materiales allí integrados individualmente considerados³²⁶. En los patrimonios familiares o de consumidores, por el contrario, predomina el valor estático, la simple suma del valor de los bienes que en cada momento lo integren (valores individuales que, obviamente, están sujetos a revalorización o deterioro, pero que no aumentan o disminuyen de forma relevante merced a la acción u omisión de los deudores). Por eso, la ejecución del bien hipotecado (y la consiguiente privación del mismo para el deudor) deteriora en mayor medida el patrimonio empresarial que el valor aislado del bien hipotecado, porque compromete su valor intangible, en ocasiones al punto de perjudicarlo completamente (si se trata de un bien estratégico en la actividad empresarial, el activo cuya explotación

³²⁴ RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722) y de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333).

³²⁵ Proposición no de ley 162/000260 del Grupo Parlamentario Mixto. BOCG, Serie D, n.º 119, 5 de diciembre de 2008, pp. 9-12.

³²⁶ RAJOY BREY, Enrique: “La hipoteca: análisis económico...”, *op. cit.*, pp. 8-9 y 13-14.

define la actividad empresarial, etc.). Pero al mismo tiempo, esa pérdida de valor no favorece a quien acuda a la subasta del bien hipotecado, pues puede hacerse con éste, pero no adquirir o integrar por ello los demás recursos o medios económicos en que se basa la actividad del deudor (y el acreedor, que es consciente de ello, sabe que el valor esperable de la realización forzosa del bien hipotecado no integrará el mayor valor del patrimonio dinámico del empresario incumplidor). Nada de ello ocurre en la financiación a patrimonios familiares o de consumidores. Por eso, aunque la capacidad de reembolso del deudor es el principal elemento de análisis de riesgo en la concesión de financiación, en la financiación a las familias la consideración del valor estático del bien se torna más relevante que en la financiación empresarial (y ello, pese a que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios obliga a tomar las decisiones crediticias en función de la capacidad del cliente para cumplir las obligaciones y no el valor esperado de la garantía).

Y por eso, quien financia empresas estará, en general, en mejor disposición para refinanciar la deuda, conceder plazos, o aliviar de otra forma las condiciones de la financiación (aunque goce de garantía real) en circunstancias coyunturales de debilidad del deudor, que quien financia patrimonios familiares o de consumidores (sin considerar, en este momento, los efectos reputacionales que para el acreedor genera la ejecución de bienes –y en especial, la vivienda– a consumidores y familias, en comparación con el efecto que genera la ejecución de bienes de profesionales o empresas). La continuidad de la actividad empresarial es, así, no sólo interés del deudor y de los acreedores no garantizados, sino también del acreedor real. Lo que, en puridad, no se da en la financiación de consumidores o de familias. Cuando se financia con hipoteca a éstos últimos, el bien hipotecado es, de ordinario, la vivienda habitual, el activo que acumula la mayor parte (a veces la práctica totalidad) del valor del patrimonio del deudor. En la financiación de empresas, por el contrario, los bienes hipotecados acumulan una parte (no necesariamente la mayor) del patrimonio total del deudor.

Por esta sola razón, la hipoteca global parecería una fórmula más adecuada para la financiación de actividades empresariales, que para la financiación de consumidores o familias. Para el acreedor global que financia empresas, la continuidad de la actividad empresarial ofrece, de ordinario, mejores garantías de recobro que la ejecución de la cosa hipotecada y ello ya financie el acreedor necesidades de circulante empresarial,

adquisición de bienes de equipo o inversiones o adquisiciones de naturaleza estratégica. Desde la financiación más relevante, más cuantiosa y más estable en el tiempo para el deudor, a la financiación menos trascendente (en términos empresariales), menos cuantiosa o a menor plazo, el acreedor global que financia empresas sujetará sus decisiones de concesión de nuevos riesgos, de renovación de los existentes a vencimiento o, en última instancia, de ejecución de la hipoteca global al juicio sobre la viabilidad empresarial.

El acreedor global que financiara familias o consumidores, sin duda analizaría la capacidad de repago al conceder nuevo crédito con cargo a la hipoteca (pues ningún acreedor bancario financia con garantía hipotecaria como fórmula de adquisición del bien hipotecado). Pero en caso de vencimiento de una obligación asegurada, la racionalidad económica del comportamiento del acreedor vendría a aconsejar precisamente la ejecución de la hipoteca para el caso de que su valor estimado cubra de forma razonablemente holgada la obligación u obligaciones cubiertas (dejando al margen otras consideraciones como la fidelización del cliente o los ingresos que puede generar para la entidad en otros negocios).

Acreedor y deudor han de ser plenamente conscientes de la diferente realidad económica que subyace en la financiación empresarial y en la financiación a consumidores y ello, especialmente, cuando, con cargo a bienes de gran valor, se conceden créditos de pequeña cuantía o corto plazo (tarjetas de crédito, crédito al consumo, etc.). Es obvio que la robustez de la garantía real permite un sensible abaratamiento del coste de esas financiaciones. Pero también debe serlo que, en caso de incumplimiento (por ejemplo, por cambio imprevisto de las circunstancias personales del deudor, tales como despido, baja laboral, etc.), el acreedor puede, en última instancia, ejecutar ese bien fundamental en el patrimonio del deudor sobre el que pesa la garantía sin el recelo de sufrir pérdidas.

Esta diferente realidad, sin embargo, no me conduce a proponer la prohibición de utilización de la hipoteca flotante para consumidores o familias. Sería un tanto incongruente que la Ley 41/2007 haya permitido la movilización de los patrimonios inmobiliarios a personas físicas mediante la institución de la hipoteca inversa (destinada, esencialmente, a financiar consumo o, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, “*la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida*”) y que desaconsejáramos o prohibiéramos la

utilización de una figura hipotecaria enormemente flexible como la hipoteca flotante que permite financiar la adquisición y rehabilitación de vivienda, pero también consumo, para otro nutrido núcleo de familias o consumidores que, demográficamente, no cumple las condiciones para disfrutar de una hipoteca inversa (que, recordemos, está limitada a mayores de 65 años, dependientes o personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento según la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007). Ni siquiera en una situación, un tanto límite, como la actual en la que se “*demoniza*” la actuación de las entidades de crédito en la fase expansiva, haciéndolas responsables (casi) de la incapacidad de los deudores para afrontar la deuda –derivada en gran parte de la pérdida de empleo e ingresos–, del sostenido y acusado deterioro del valor de los bienes hipotecados y de su pérdida de liquidez. No necesitamos un Estado que vele para que las familias y consumidores no observen comportamientos que, según él, se vuelven contra ellos mismos. No es bueno para la economía, pero tampoco para la vida, que se niegue el compromiso de los hombres con sus acciones (también de los consumidores) o que el legislador se arroge atribuciones que destilan un trasnochado paternalismo. Porque si el discurso negacionista sobre el acceso de familias y consumidores a este tipo de hipoteca encuentra en la situación actual un campo abonado y se sucumbiera a la tentación paternalista, flaco favor se haría a las familias y a los consumidores cuando, en una deseada nueva fase alcista de la economía, se les haya privado de instrumentos de financiación ágiles y baratos como la hipoteca flotante. Los países que admiten fórmulas de financiación hipotecaria parecidas a nuestra flotante (como Alemania, Francia, Holanda o Chile), no excluyen estas figuras en la financiación de consumidores o familias. Lo que sí resulta preciso, sin duda, es extremar las garantías de información y formación de las familias y consumidores cuando pretendan utilizar esta modalidad hipotecaria y regular más detalladamente en la ley qué derechos y acciones se conceden a las partes en la relación (principalmente, en ausencia de pacto) tal y como se analiza en el Capítulo XI. También enfatizar las cautelas para que, en la contratación de cada nuevo crédito cubierto por la hipoteca, el acreedor flotante observe todas las obligaciones a su cargo en la normativa de consumidores, cláusulas generales, e incluso sectoriales bancarias. En particular, las relativas a la correcta y completa reevaluación, en ese momento, de la solvencia del deudor (conectada con las prácticas de crédito responsable), la provisión de información precontractual, la debida consideración de las necesidades del cliente y su adecuación a esta fórmula de garantía real (aunque no entrañe asesoramiento jurídico o financiero al respecto a cargo del prestamista), etc. Y,

desde luego, favorecer la posibilidad de sustitución del acreedor flotante a iniciativa e impulso del deudor (esto sería un objetivo común tanto para deudores empresarios, como particulares), tanto como instrumento de dinamización y competencia en el mercado (que debería conducir a ahorros de costes para el consumidor), como para incentivar el más pulcro comportamiento del acreedor flotante con su clientela en todo momento. También la actuación represiva puede ser un medio útil, en el caso concreto (obviamente, cuando revista tintes de especial desidia o de dolo), por ejemplo, atribuyendo responsabilidad al acreedor por generación o agravamiento de la insolvencia (en el marco de los arts. 167 y ss. LC), o responsabilidad extracontractual frente a los restantes acreedores³²⁷, etc.

1.3.3 La utilización de la hipoteca flotante en operaciones de financiación y de refinanciación

Aunque la orientación inicial del legislador al tiempo de introducir la hipoteca flotante en la Ley 41/2007 fue la de configurar una modalidad hipotecaria que permitiera la expansión del crédito (a través del abaratamiento y la flexibilización de la cobertura hipotecaria), lo cierto es que la figura ha sido providencial en un escenario generalizado de crisis empresarial, siendo más utilizado, en mi opinión, como herramienta de refinanciación de empresas que de financiación propiamente dicha³²⁸. En el contexto de estas operaciones de refinanciación, la flotante ha sido fundamentalmente utilizada como mecanismo de aseguramiento (colectivo) en favor de todos los acreedores que aceptan la refinanciación, y de sus muy diversos créditos, permitiendo la constitución de una única garantía real sobre los inmuebles aún libres del deudor refinanciado (como se expone más detalladamente en el Capítulo VIII). Creo que esta frecuencia estadística de utilización de la flotante en contexto de crisis empresarial ha llevado a algunos autores a desenfocar ligeramente la consideración de la esencia de la hipoteca flotante, entendiéndola sólo como instrumento de refinanciación y prescindiendo, en cambio, del más amplio ámbito (aunque menos usual en este

³²⁷ Se apuntan las dificultades para ello en PULGAR EZQUERRA, Juana: “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español” en PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.): *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Madrid: Marcial Pons-Universidad de Almería, 2010, pp. 129-134.

³²⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, p. 259; GÁLLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal”, *ADCon* n.º 15, septiembre-diciembre 2008, pp. 330-336.

momento) de ser un vehículo al servicio de la generación de crédito³²⁹.

Ahora que se conocen mejor las causas de la reciente crisis mundial y la específica española, y sus íntimas relaciones con el abaratamiento y la exuberancia del crédito bancario entre la década de los 90 y 2007-2008 (con el correlativo sobreendeudamiento de administraciones, empresas y familias) y sus devastadores efectos sobre el bienestar de la ciudadanía, da algo de rubor hablar de mecanismos de potenciación o de abaratamiento del crédito. Pero sería un error desperdiciar, o no aprovechar suficientemente, una figura tan poderosa como la hipoteca flotante en la generación, agilización y abaratamiento del crédito al socaire de los excesos del pasado (excesos que, por cierto, se cometieron sin hipotecas flotantes en la práctica bancaria).

1.4 El hipotecante no deudor

Pese a que no se recoja expresamente, no se advierte dificultad para admitir la figura del hipotecante no deudor respecto de una hipoteca flotante en base al art. 1.857 *in fine* CC³³⁰. Dado que no es necesario que exista vínculo causal alguno entre las varias obligaciones garantizadas, el hipotecante puede tener condición de deudor respecto de alguna o algunas obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otras u otras. Eso tendrá, obviamente, impacto en las acciones de regreso que correspondan al propietario (o no) en caso de ejecución por incumplimiento de unas u otras obligaciones (recordemos, a este respecto, que se acepta generalmente la aplicación de las reglas propias de la fianza al tercero hipotecante³³¹, con alguna excepción –por ejemplo, carece

³²⁹ Sobre el alcance de los acuerdos de refinanciación y las exigencias legales para que puedan beneficiarse de los privilegios establecidos en la antigua Disposición Adicional Cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (ahora reproducidos sin variaciones sustanciales en el art. 71.6 de la Ley Concursal por mor de la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) véase AZOFRA VEGAS, Fernando: “El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 25, mayo-junio 2009, p. 68 a 76 y AZOFRA VEGAS, Fernando y PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación”, *La Ley*, n.º 7161, pp. 21 a 24.

³³⁰ El Supremo lo había aceptado sin dificultad en relación a la hipoteca de máximo del art. 153 LH, aunque tampoco allí se recoge expresamente: “*Dicha sentencia [la de apelación] califica la hipoteca objeto del debate como una hipoteca voluntaria, de las denominadas de máximo, en la singularidad de las constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito, que se constituyen como cobertura del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente; y, asimismo, indica que se trata de una modalidad en la que por el hipotecante se ofrece un bien en garantía del pago del saldo que tenga una determinada cuenta, pudiendo ser el hipotecante el mismo titular de la cuenta o un tercero, como ocurre en este caso, siendo siempre el beneficiario de la hipoteca el acreedor de la cuenta corriente*” (F.D. 2.º de la STS n.º 809/2008 de 31 de julio de 2002, Sr. García Varela, RJ 2002/7487).

³³¹ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca...*, op. cit., p. 126. Posición rechazada en algunas sentencias, como la STS n.º 858/1995 de 6 octubre, Sr. Marina Martínez-Pardo, RJ 1995/7022 que concluye que el hipotecante no deudor no tiene responsabilidad como deudor, ni

del beneficio de excusión *ex* arts. 1.830-1.834 CC por consecuencia del art. 119 y ss. LH-).

Puesto que el tercero hipotecante se subroga en los derechos y privilegios del acreedor por el pago³³² (arts. 1.210.3º, 1.212, 1.838 y 1.839 CC) (además del derecho de regreso contra el deudor), la hipoteca flotante debería extinguirse si el acreedor perjudica la subrogación (*ex* art. 1.852 CC)³³³ (extinción que, no obstante, debería afectar a la totalidad de la hipoteca si el acto del acreedor perjudicó la subrogación del hipotecante no deudor respecto de todas las obligaciones, pero no si se perjudicó sólo la

como garante (*“En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador”*, F.D. 5.º). La STS n.º 18/2009 de 3 de febrero de 2009, Secc. 1.ª (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2009/1361) excluye la aplicación del art. 1.852 CC en relación al hipotecante no deudor, pese a presuponer en la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena la misma función o causa de garantía que en la fianza, apoyándose en la diferente extensión de la atribución patrimonial del fiador y del hipotecante no deudor, en el carácter de norma excepcional del art. 1.852 CC, en la inexistencia de una causa de extinción de la hipoteca para ese supuesto en el ordenamiento: “[...] *el hipotecante no deudor paga como tercer interesado, no como garante; que dicho hipotecante no está obligado, y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio y la del hipotecante se limita al bien dado en garantía; y que el art. 1.852 CC es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del art. 1.839 CC*”.

³³² De forma creo que no acertada, en la STS n.º 299/2000 de 23 de marzo de 2000 (Sr. de Asís Garrote) (RJ 2000/2025) se negó al hipotecante no deudor *solvens* la condición de interesado a los efectos de la subrogación del art. 1.210.3º CC, considerándolo una especie de “obligado”. En este mismo sentido, Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las Relaciones Obligatorias*), Madrid: Aranzadi, 2008 (6.ª ed.), p. 80: “*Cuando un tercero constituye una prenda o una hipoteca sobre sus bienes propios, para asegurar una deuda de otro, se ha dicho también que se hace responsable sin ser deudor. Sin embargo, también aquí la conclusión debe ser la contraria. El constituyente de la garantía es en realidad un fiador y, en tanto que fiador, un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía*”.

³³³ Se ha defendido que el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del tenedor de una letra de cambio garantizada con hipoteca (ya sea una garantía directa, como la que resulta cuando se cubre la letra misma, ya indirecta, como cuando se cubre el crédito que asume o pone a disposición una entidad al admitir el giro de la letra) ante el impago antes de la acción de regreso cambiaría frente a los endosantes posteriores inhabilita este regreso (puesto que los endosantes anteriores ya no podrán subrogarse en la hipoteca ejecutada) (PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 74-75). El art. 1.852 CC, sin embargo, no exonera al fiador u obligado (aunque sea subsidiario) al que se reclama precisamente porque resultó insuficiente la ejecución de las demás garantías reales o personales superpuestas a favor del acreedor (siempre que no se le haya convencionalmente impuesto una servidumbre o limitación en cuanto al orden de ejecución de las garantías reales y personales). Es decir, el fiador no puede pretender exonerarse de su obligación en razón a que las demás garantías reales o personales ofrecidas al acreedor (y ejecutadas válidamente por éste) no fueron suficientes para liquidar la deuda, si el acreedor las ha ejecutado válidamente (salvo que el acreedor haya violado el orden de ejecución de las garantías reales o personales que, convencional o legalmente, debería respetar). A salvo de la previsión convencional, nuestro Derecho positivo no impone un orden determinado de ejecución de las garantías reales o personales con las que cuente el acreedor, no siendo aplicable la fórmula de derecho comparado de exigir que la ejecución se inicie con la garantía más onerosa o gravosa para el deudor. Buena prueba de que nuestro Derecho no establece orden de ejecución de las garantías es la supresión del orden de ejercicio de la acción personal y la acción real que imponía la antigua LEC.

subrogación respecto a algunas). Recuérdese que la jurisprudencia más reciente tiene declarado que la sanción sobre el acreedor que resulta del art. 1.852 CC es consecuencia o corolario del principio legal de la subrogación del fiador que paga en el crédito y en los demás derechos que el acreedor tenía contra el deudor que resulta del art. 1.839 CC (como caso específico de la subrogación por el pago del art. 1.210.3.º CC). Pero no todos los actos u omisiones del acreedor que impiden la subrogación del fiador en sus derechos frente al deudor conllevan la extinción de la fianza. El hecho que impide la subrogación del fiador que paga y que provoca su liberación es *“aquél acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza”* como recuerda la STS n.º 470/2007 de 4 de mayo de 2007 (Secc. 1.ª) (Sr. O'Callaghan Muñoz) (RJ 2007/4327) que niega la exoneración del fiador de una obligación asegurada con hipoteca a favor de un acreedor que, en base al embargo trabado sobre el mismo bien hipotecado en razón de otra deuda del propietario del bien hipotecado, acaba adjudicándose el bien hipotecado (produciéndose entonces la extinción de la hipoteca por consolidación) antes de que el fiador pague la obligación asegurada por la hipoteca a ese mismo acreedor:

“Ciertamente [...] el fiador Don Francisco, que ha pagado la deuda [garantizada con hipoteca] se subroga por el pago en el derecho de crédito del acreedor, BANESTO, conforme al primero de aquellos artículos [el 1.839 CC] pero no queda liberado conforme al segundo [el 1.852 CC] por haberse extinguido la hipoteca, pues esta se extinguió por consolidación anteriormente en otro proceso y por otra relación jurídica”.

Los efectos que la prórroga no consentida o la acción del acreedor que perjudica la subrogación del hipotecante no deudor provocan en la hipoteca flotante varían en función de si se mantiene la situación de indiferenciabilidad natural en la flotante o no.

Si se hubiera puesto fin a la indiferenciabilidad de la flotante mediante la asignación de porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones garantizadas:

- (a) la prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante, si dicha prórroga no ha sido consentida por el hipotecante no deudor (ya al tiempo de la constitución de la hipoteca, ya con posterioridad) (y ello porque, al igual que en la fianza, el regreso del hipotecante contra el deudor

no puede ser perjudicado sin su consentimiento);

- (b) análogamente, la prórroga no consentida por el hipotecante no deudor concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de esas (en la cuantía de la responsabilidad hipotecaria asignada a las obligaciones prorrogadas).

Igualmente, cuando no existe indiferenciabilidad en la flotante, la condonación de las obligaciones garantizadas (de todas o de algunas) o las acciones del acreedor que perjudican el derecho de subrogación del hipotecante no deudor frente al deudor respecto de todas o algunas de las obligaciones garantizadas producen los mismos efectos extintivos sobre la hipoteca flotante.

Por el contrario, en presencia de la indiferenciabilidad natural de la flotante, ni la condonación, ni la prórroga no consentida por el hipotecante no deudor, ni los actos del acreedor que perjudican el derecho de regreso del hipotecante no deudor extinguen o reducen la hipoteca flotante, pero sí excluyen el crédito respecto del que se producen de la cobertura de la hipoteca.

Por otra parte, el pago hecho por el hipotecante no deudor extingue, de ordinario, la hipoteca constituida en garantía de la deuda pagada. En el ámbito de las hipotecas flotantes, en las que pueden ser varias las obligaciones garantizadas, presentes y/o futuras, y sin que se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas, el pago por el hipotecante no deudor plantea complicados debates en torno a la extensión de la cancelación que se analizan detalladamente en el Capítulo VII. Baste decir en esta sede que lo normal será que el acreedor exija la renuncia del hipotecante no deudor al derecho de subrogación hasta que todos los créditos garantizados por la hipoteca (presentes o futuros) hayan quedado satisfechos, para neutralizar así cualquier potencial invocación de los arts. 1.839 ó 1.852 CC y su repercusión cancelatoria sobre la hipoteca.

Para el caso de que el hipotecante no deudor no quiera renunciar a este derecho, pueden las partes en la constitución de la flotante atribuir a cada obligación garantizada una determinada porción de la responsabilidad hipotecaria, de forma que la subrogación del hipotecante no deudor por el pago provoque la cancelación de la hipoteca flotante precisamente en el importe de la responsabilidad hipotecaria atribuida a la obligación

que haya satisfecho.

Por último, en el caso de que no se haya convencionalmente excluido el derecho de subrogación por el pago del hipotecante no deudor, y se mantenga además la indiferenciabilidad de la garantía hipotecaria, el pago por el hipotecante no deudor de alguno de los créditos de la cesta, pero no de todos, debería llevar aparejada una extinción de la hipoteca, conforme a lo que se analiza en el Capítulo VII.

En el caso de la hipoteca flotante pura o global, el hipotecante no deudor asume el riesgo de que el deudor y el acreedor concierten libremente operaciones llamadas a quedar amparadas por la garantía, sin cualquier límite (pues ni siquiera la responsabilidad máxima hipotecaria impone un límite –más que *de facto*– a la concesión de los créditos de la cesta). Por eso, en ningún caso podrá ser considerado daño irrazonable o injustificado para el hipotecante no deudor el que resulte de la realización del riesgo típico (la ejecución de la garantía por el impago de cualesquiera de los créditos cubiertos), lo cual excluye cualquier impugnación por su parte basada en un endeudamiento temerario del deudor (consentido por el acreedor), en la ausencia de información del hipotecante no deudor sobre el riesgo garantizado (ya al tiempo de la constitución de la hipoteca, ya con posterioridad) o en su incorrecta representación sobre la solvencia del deudor (excluyendo en este punto cualquier actuación dolosa por parte del acreedor). El acreedor busca, precisamente, desplazar al hipotecante no deudor el coste de la información, el riesgo de una información incorrecta. Por eso, el hipotecante no deudor no puede repercutir en el acreedor cualquier defecto de información o errónea estimación dado el factor aleatorio (en sentido impropio) que entraña la estructura típica de la flotante prestada por tercero. El hipotecante no deudor habrá constituido la garantía por sus relaciones con el deudor, no por sus relaciones con el acreedor. Por tanto, deberá pactar con aquél los mecanismos de información y protección respecto del riesgo efectivo que soporta en cada momento que considere imprescindibles e incluso, en su caso, exigir su inclusión en la escritura de constitución de hipoteca de forma que condicionen la actuación, los derechos o los recursos frente a la cosa hipotecada del acreedor flotante (por ejemplo, límites cuantitativos y/o temporales a la concesión del crédito futuro cubierto por la hipoteca).

Por último, se plantea la duda de si se impone al acreedor la obligación de informar al hipotecante no deudor sobre las vicisitudes de las relaciones garantizadas (si se contraen efectivamente o no, qué riesgo crediticio garantizado se soporta en cada

momento o cuál es la situación patrimonial del deudor). Ni el Código civil ni la legislación hipotecaria imponen al acreedor ninguna obligación de información ni a favor del fiador, ni del fiador real o hipotecante no deudor, sobre el afianzado o sobre el riesgo garantizado. Si ello es así para una garantía específica (respecto de una o más obligaciones determinadas), aún se justificaría menos cualquier exigencia de información de este tipo en el caso de una garantía flotante pura o global pues ni siquiera se da en ella el carácter indefinido de la vinculación (ya que el art. 153 bis LH impone el establecimiento de plazo para la hipoteca) que, en la fianza general por ejemplo, permite justificar el derecho de información del fiador.

1.5 El plazo

Impone el artículo 153 bis LH que la escritura de constitución establezca “*el plazo de duración de la hipoteca*”.

Nuestro Derecho reconoce con generosidad y generalidad los negocios condicionales (arts. 1.113 y ss. CC) y a plazo (arts. 1.125 y ss. CC). Junto con esa declaración general, y como desarrollo de la misma, se admite o presupone la validez del negocio a plazo respecto de determinados contratos o derechos, como respecto de la servidumbre (art. 546, 4º CC) o la institución de heredero o el legado (art. 805 CC), al legado de usufructo, uso o habitación (art. 793 CC) o la oferta pública voluntaria de adquisición de valores (arts. 13 y 26 Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio). Frente a esta postura, en ocasiones, el legislador niega tal posibilidad expresamente a supuestos concretos, tales como la aceptación de la herencia (art. 990 CC), el matrimonio (art. 45 CC)...

En el ámbito registral, el principio genérico de la admisibilidad de la condición está específicamente recogido por los arts. 9.2º y 23 LH, 51.6º RH y en el 82.1 LH (caducidad convencional de la hipoteca), sin que se aprecie ningún inconveniente especial en sujetar los derechos reales a plazo o condición³³⁴. Pese a que el art. 23 LH se refiere únicamente a la condición, se ha entendido generalmente que su normativa es de aplicación al plazo³³⁵.

En lo tocante, específicamente, al derecho real de hipoteca, el plazo ha sido

³³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III (*Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*), Madrid: Aranzadi, 2008 (5.ª ed.), pp. 970-971.

³³⁵ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, Pamplona: Aranzadi, 1983 (3ª ed.), p. 251.

admitido sin dificultad, a diferencia de la condición, que ha costado mucho más trabajo que llegara a ser admitida³³⁶. El art. 241.2º RH, por ejemplo, impone como uno de los

336

RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6940 y 2005/6941, respectivamente), sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona de 14 de mayo de 2007 y SAP Barcelona de 17 de junio de 2008 (JUR 2008/265700) (dictada en la apelación de la anterior) que revoca las RDGRN citadas “*únicamente en lo que se refiere a las condiciones señaladas en el apartado c) de las escrituras mencionadas en el primer fundamento de esta sentencia, consistentes en que el tramo correspondiente de los créditos a que se refieren dichas escrituras no haya sido completamente amortizado y no se haya otorgado escritura de cancelación de la hipoteca antes de las doce horas del día 3 de junio del corriente año*”. Más recientemente, se reitera la validez en las RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente) relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes” (no constituidas al amparo del 153 bis LH) (véase el supuesto de hecho en las notas a pie de página en el apartado 7.1.9 del Capítulo IV): “[...] *nada se opone a que la prenda sin desplazamiento de posesión, como la hipoteca voluntaria [...] pueda ser constituida por un plazo determinado –como también puede quedar sujeta a una condición– (vid. Artículos 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 del Código Civil) [...]*” (F.D. 4.º). Sobre la hipoteca condicionada, véase MUÑOZ VILLALÓN, Jesús Víctor: “La hipoteca bajo condición suspensiva”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 135-152; GÓMEZ CLAVERÍA, Pablo: Comentario sobre la RDGRN de 2 de septiembre de 2005, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 22, octubre 2005, pp. 288-317; AZOFRA VEGAS, Fernando y REDONDO APARICIO, Agustín: “La “Hipoteca Condicionada” como instrumento de garantía en financiaciones complejas”, *RDBB*, Año XXIV, octubre-diciembre 2005, pp. 177-205; AZOFRA VEGAS, Fernando y REDONDO APARICIO, Agustín: “Mortgages get a lease of life” en *International Financial Law Review*, septiembre 2006; AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipoteca condicionada”, *Expansión* de 14 de julio de 2008, p. 32; AZOFRA VEGAS, Fernando: “Garantías de la financiación: fórmulas alternativas” en LAMOTHE FERNÁNDEZ, Prosper, LÓPEZ LUBIAN, Francisco J., DE LUNA BULTZ, Walter, DE MIGUEL PERALES, Carlos, MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, Juan y RIOPÉREZ LOSADA, Daniel (coords.): *Mercado inmobiliario: una guía práctica*, Barcelona: Deusto, 2009, pp. 557-562. En contra de ello, con anterioridad a las dos resoluciones de 2005, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1993, p. 397-398 (“*Si bien es perfectamente posible la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva, no lo es la hipoteca sujeta a esa misma condición*”) y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios...*, op. cit., pp. 250-251. PARDO NUÑEZ (el registrador frente a cuyas calificaciones negativas se interpusieron los recursos que acabaron en las resoluciones estimatorias de 2005) critica la referida SAP Barcelona en PARDO NUÑEZ, Celestino y DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel: “Hipotecas bajo condición suspensiva”, *La Ley* n.º 6517, de 3 de julio de 2006, pp. 1-5. Ídem DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel: “Hipoteca sujeta a condición suspensiva en garantía de un crédito ya vencido”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 85-105. Una valoración algo más ponderada de las resoluciones de la DGRN citadas (de la que, no obstante, discrepo) puede verse en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hipoteca sometida a condición suspensiva”, *RCDI* n.º 700, marzo-abril 2007, pp. 823-824, centrándose en las cuestiones complejas que plantea la hipoteca condicionada en relación con el rango de los titulares registrales *medio tempore*, o los efectos en la subrogación del adquirente de la finca hipotecada. Disconforme con la doctrina sentada en las RRDGRN de 2005 se muestra también GARCÍA MEDINA (GARCÍA MEDINA, José: *Nuevas y especiales formas de garantía...*, op. cit., pp. 186-199), que se aventura a tildarla de “*doctrina interna de la DG*” al tiempo que afirma que “*la DGRN [ha] quedado en evidencia*”, ignorando el espaldarazo otorgado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona de 14 de mayo de 2007 y en la SAP Barcelona de 17 de junio de 2008 mencionadas. No aporta este autor al debate ningún argumento adicional a los que se esgrimieron en el recurso que dio lugar a las dos resoluciones citadas y en los procedimientos judiciales de impugnación de las mismas (fundamentalmente, si una hipoteca sujeta a condición incumple o no las exigencias del principio de especialidad y si la condición, en el caso concreto, era o no una *conditio iuris*), evidencia no llegar a entender el mecanismo de constatación registral del cumplimiento o incumplimiento de la condición pactado por las partes (no cuestionado ni en las resoluciones de la DGRN, ni en las sentencias posteriores) y hace, en fin, una lectura algo complaciente (o muy complaciente) de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos

elementos necesarios para la inscripción de la posposición de una hipoteca inscrita a otra futura que se determine la “duración máxima” de la hipoteca futura, no de la deuda garantizada.

Así, la RDGRN de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003/8544) admite expresamente que la hipoteca, al margen de que la obligación que garantiza pueda ser firme, pueda quedar condicionada (negocio condicional) o sujeta a plazo de duración (negocio a término) al afirmar:

“Pese a la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación en cuya garantía se constituye, mantiene aquélla cierta autonomía como derecho independiente, de suerte que bien puede establecerse un plazo de duración para la misma o sujetarse a condición resolutoria, con lo que llegado aquél, o cumplida ésta, se extingue la hipoteca al margen de que subsista la obligación sin la cobertura de la garantía real que hasta entonces tenía”.

En sentido análogo se pronuncia la RDGRN de 22 de junio de 1995 (RJ 1995/5329): admite que la hipoteca pueda constituirse por plazo determinado, de modo que únicamente durante su vigencia pueda ser ejercitada la acción hipotecaria.

En relación a la hipoteca en general, la Ley 41/2007 ha introducido una leve

n.º 145-06, de 16 de junio de 2006 (que afirmó el devengo a AJD de las hipotecas condicionales desde el momento de otorgamiento de la escritura, aunque no se hubiera cumplido la condición), nuevamente ignorando los pronunciamientos judiciales en contrario, tanto anteriores a la consulta vinculante citada (*vid.* STS de 4 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sr. Sala Sánchez, RJ 2002/1597 y SSTSJ Murcia n.º 488/2001 de 27 de junio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, Sr. Sáez Domenech, JT 2001/1286 y n.º 312/2004 de 20 de mayo de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, Sr. Espinosa de Rueda Jover, JUR 2004/138566) como posteriores (STSJ Madrid n.º 1361/2007 de 23 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª, Sra. Ornos Fernández, JUR 2008/102078: “*Por todo ello, si las condiciones no se cumplieron, el tributo no era exigible, máxime cuando en la escritura pública otorgada ante el notario [...] se hizo constar en su disposición octava que se solicitaba del Sr. Registrador la constatación por acta marginal del incumplimiento de las condiciones suspensivas de que dependía la efectiva constitución de la hipoteca [...]*” F.D. 2º; STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 802/2013, Secc. 9.ª, de 30 de julio de 2013, Sra. Huet de Sande, JUR 2013/367627). Tan solo hay una sentencia posterior a las consultas vinculante de la DGT mencionada en la que se acepta el devengo anterior al cumplimiento de la condición, si bien en ella existe un error “de bulto” por parte del Tribunal al entender que se trataba de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta de crédito, en lugar de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta de crédito con ampliación condicionada de la responsabilidad hipotecaria (STSJ Madrid n.º 313/2012 de 10 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 9.ª, Sr. Massigoge Benegiu, JUR 2012/227343). Sobre el tratamiento fiscal de la hipoteca condicionada, véase IGLESIAS CANLE, Santiago y GONZÁLEZ ALONSO ALEGRE, Ramiro: “Tratamiento en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de la hipoteca sujeta a condición suspensiva”, *La Ley*, n.º 4, de 26 de septiembre de 2006, pp. 1-4 y PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, Javier: Comentario en *Carta Tributaria*, 2ª quincena de noviembre de 2005, pp. 63 y ss.

modificación en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, añadiendo al final “*cualquiera que sea la naturaleza de éstas [de las obligaciones garantizadas] y su duración*”³³⁷. No es claro si la mención a “*la duración*” se predica de la hipoteca o de las obligaciones garantizadas. De la génesis legislativa debe inferirse que se refiere a las obligaciones garantizadas, ya que este inciso se incorpora por mor de la Enmienda n.º 46 del Grupo Parlamentario Catalán³³⁸ (idéntica a la enmienda n.º 90 del Grupo Parlamentario Popular³³⁹) que justifica la adición en que “*debe constar en el registro un elemento esencial de la obligación garantizada, de evidente interés para los terceros, como es la duración o el plazo de la deuda*”.

A diferencia de las restantes hipotecas de tráfico o de seguridad, el legislador ha entendido el plazo de la hipoteca flotante como un elemento esencial cuya justificación, creo, se incardina en la flexibilización del principio de determinación propia de la hipoteca flotante: dado que para la hipoteca flotante se admite una mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, incluso aceptando las que vengan a surgir de negocios explicitados, pero aún no concluidos, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no), que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización “*perpetua*” del bien hipotecado en favor del acreedor hipotecario. El mantenimiento del crédito

³³⁷ Este inciso se encontraba ya en el Anteproyecto (“*Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación u obligaciones aseguradas y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, o bien el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*”) desapareciendo sin embargo en el Proyecto (“*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactado, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas. En el Registro de la propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca previstas expresamente en la Ley*”).

³³⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 127-7, de 9 de mayo de 2007, p. 51-52. Es interesante destacar, no obstante, que en la justificación de la enmienda hay una referencia inicial –lo más probable que por error– a “*la duración de la hipoteca*”. Se hace al hilo de la mención a la nueva hipoteca flotante del art. 153 bis LH como fundamento para exigir la constancia registral de la naturaleza de las obligaciones garantizadas: “*En el Proyecto se omite del artículo la referencia a la naturaleza, cualquiera que sea, de las obligaciones garantizadas y a la duración de la hipoteca. Considerando que, de un lado, debe incluirse la mención a la naturaleza de las obligaciones garantizadas, ya que debe concordarse su redacción en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, y de otro, debe constar en el registro un elemento esencial de la obligación garantizada, de evidente interés para los terceros, como es el plazo o duración de la deuda, por lo que se propone...*”. Sobre la evolución de la modificación de la redacción del art. 12 LH en los trabajos prelegislativos y legislativos, véase CARRASCO PERERA, Ángel: “Las nuevas hipotecas”, *op. cit.* y AZOFRA VEGAS, Fernando: “La reforma de la Ley Hipotecaria...”, *op. cit.*, pp. 1-5.

³³⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 127-7, de 9 de mayo de 2007, p. 75.

territorial impone que esa afectación en exclusiva que la hipoteca impone sobre el bien (patrimonio de destino, se ha dicho) (art. 1.876 CC) limite temporalmente sus efectos. Parece ser nuevamente un reflejo de la norma que, en el ámbito de la protección dispensada al contrato de *factoring*, circunscribe los efectos de la protección a los créditos futuros que procedan de la actividad empresarial y “*nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha [la del contrato de factoring]*”³⁴⁰.

Algunas de las resoluciones de la DGRN de los años ochenta contra la hipoteca flotante se basaron particularmente en la ausencia de plazo de “flotabilidad”: no se consideraba conforme con los principios hipotecarios y civiles que la relación intersubjetiva de la que resultan las obligaciones garantizadas fuera indefinida³⁴¹.

Para evitar un efecto amortizador, la Ley podría haber optado por limitar el plazo de las obligaciones garantizadas o el plazo en el que pueden surgir los negocios jurídicos de los que resulten las obligaciones garantizadas³⁴² o haber exigido la determinación de uno o de otro en la escritura de constitución. Ello también abriría la posibilidad de instar la caducidad, a partir del vencimiento de aquéllas (*ex art. 177 RH*), si bien con una menor transparencia para los titulares de derechos posteriores y, en general, los acreedores del propietario³⁴³. Este es el sistema que la LH sigue en relación con el expediente de liberación de cargas (arts. 109 LH y 309 RH), la cancelación de la hipoteca de rentas periódicas (art 157 LH) y, en general, la caducidad por prescripción del apartado final del art. 82 LH. Este mecanismo, sin embargo, adolece de algunas carencias, toda vez que la prescripción de la obligación no resulta indefectiblemente del registro. Además, el sistema resulta poco idóneo para una hipoteca del art. 153 bis LH, que puede asegurar crédito o créditos totalmente futuros, sin que consten en el registro, por tanto información que permita determinar el *dies a quo* a efectos de la prescripción.

También se podría haber establecido un sistema de gravamen ilimitado en el

³⁴⁰ Disposición Adicional 3.ª de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras. En esta norma se contempla incluso la extensión de la protección allí dispensada a los créditos futuros nacidos más allá del plazo del año, siempre que “*conste [...] la identidad de los futuros deudores*” (delimitación subjetiva).

³⁴¹ RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851).

³⁴² CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 875 y ss.

³⁴³ La RDGRN de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994/7797) sobre hipoteca en garantía de obligación futura, afirma que cuando la hipoteca garantiza una obligación que ha de nacer en un cierto plazo, el vencimiento de éste no permite la cancelación por caducidad, porque no es lo mismo plazo de la hipoteca que plazo en que ha de nacer la obligación garantizada.

tiempo pero con la posibilidad del propietario de denunciarlo *ad nutum* y permitir su cancelación sujeto a un determinado plazo de preaviso y de no oposición en dicho plazo por parte del acreedor hipotecario. Se trataría de un sistema parecido al de cancelación de la hipoteca unilateral del segundo párrafo del art. 141 LH. La oposición podría basarse en la existencia de, al menos, un crédito de los integrados objetivamente en la garantía, aunque no esté vencido, ni incumplido. O incluso en la potencial existencia futura de tales créditos, en la medida que su nacimiento no pueda ser evitado por la mera voluntad del acreedor (por ejemplo, si se aseguran créditos extracontractuales, derivados de delito, la responsabilidad legal del promotor, deudas de terceros, etc.). La oposición, por el contrario, no podría basarse en un mero surgimiento potencial del crédito en la medida en que ello dependa de una nueva declaración de voluntad por parte del deudor que, al efectuar la denuncia, ya estaría implícitamente rechazando (conforme a lo expuesto anteriormente). Otra posibilidad, dentro de este mismo sistema, podría ser la cancelación por el registro de la hipoteca transcurrido un cierto plazo desde la denuncia unilateral siempre que no le constara al registrador anotación de ejercicio de acción ejecutiva. Esta propuesta, sin embargo, puede obligar al acreedor a proceder ejecutivamente contra el bien en un tiempo en el que quizá no le interesa hacerlo, sólo para evitar la desaparición de la garantía. Y puede en consecuencia otorgar al propietario un poder de cierto “*arbitraje*” para denunciar el gravamen precisamente en el momento en que sea menos esperable que el acreedor ejercerá la acción hipotecaria.

El objetivo de cualquiera de estos expedientes, en todo caso, es evitar una suerte de rango perpetuo a favor del acreedor hipotecario y ello, no porque se deba rechazar el interés del acreedor hipotecario a cobrar todos sus créditos con preferencia sobre el valor en cambio del inmueble hipotecado (aspiración plenamente legítima, y querida incluso mediatamente por el deudor como forma de facilitar la concesión del crédito), sino porque produce “*desutilidades*” sociales (en especial, respecto del deudor y sus restantes acreedores) mantener en el tiempo un gravamen que no se muestra eficaz (cualquiera que sea la causa) para generar crédito y que, en tanto se mantenga, lastra la revalorización del valor para el dueño y su posibilidad de obtención de crédito de otros acreedores. Nuevamente, subyace en esta pretensión la ventaja funcional de las hipotecas (y las garantías reales, en general) en nuestro ordenamiento, que es la de coadyuvar al desarrollo del mercado de crédito.

Finalmente, la elocuencia de la dicción literal del art. 153 bis LH al referirse al

plazo de la hipoteca se enfatiza por contraposición a la hipoteca en garantía de cuenta corriente del art. 153 LH en la que las referencias al “*plazo*”, el “*término*” o al “*vencimiento*” se asocian a la cuenta corriente (“*Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes [...] el acreedor no se hubiere reintegrado [...]*”)³⁴⁴.

No estoy por ello de acuerdo con quienes defienden que el “*plazo*” del art. 153 bis LH no es el plazo de la hipoteca, sino el de la obligación garantizada, por entender que con eso se pone en sintonía con el ejercicio de la acción hipotecaria “[a]l *vencimiento pactado por los otorgantes o al de cualquiera de sus prórrogas*” al que se refiere el párrafo final del artículo³⁴⁵.

Creo que la opción legal de fijar el plazo de la hipoteca, y no de las obligaciones garantizadas, es la más acertada³⁴⁶.

En la fijación del plazo de la hipoteca, habrá de respetarse (en los contratos con consumidores) lo establecido en el art. 85.1 LGDCU, que sanciona la abusividad de las cláusulas contractuales que reservan “*al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida*” o en el art. 87.6 LGDCU relativo a los “*obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva*”.

El plazo es un elemento accesorio de la hipoteca (“*insólito*” dice ROCA SASTRE³⁴⁷) que, en alguna ocasión, alcanza carácter de esencial, como en la flotante (art. 153 bis LH) o en la hipoteca futura a la que se pospone una inscrita (art. 241.2º RH). Fuera de estos supuestos excepcionales, no es necesario establecer el plazo de la hipoteca, ni siquiera en el caso de que la hipoteca garantice una obligación ya vencida³⁴⁸

³⁴⁴ Entre otras muchas, véase la SAP Pontevedra 353/2012 de 21 de junio de 2012 (Secc. 1.ª) (Sr. Menéndez Estébanez) (La Ley 105164/2012).

³⁴⁵ CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 75. DELGADO RAMOS, JOAQUÍN: “Los principios hipotecarios...”, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁶ En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Legislación Hipotecaria...*, *op. cit.*, p. 110 y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, pp. 263 y 268; PARDO NÚÑEZ, Celestino y NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás: “Las causas de vencimiento anticipado...”, *op. cit.*, pp. 6-7; MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 54 y CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 319.

³⁴⁷ ROCA SASTRE, Ramón y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Barcelona: Ed. Bosch, 1998 (8.ª ed.), tomo VIII, p. 587.

³⁴⁸ DGRN de 30 de septiembre de 2003 (La Ley 106/2004).

Obviamente, la llegada del plazo pactado determina *ipso iure* la extinción del derecho de hipoteca flotante (RDGRN 22 de junio de 1995, RJ 1995/5329), debiendo procederse a la cancelación de la inscripción (arts. 79 y 82 LH), salvo que se haya iniciado la ejecución con anterioridad. La mención del párrafo último del art. 153 bis LH al “*vencimiento pactado por los otorgantes*”, como presupuesto de ejercicio de la acción hipotecaria, no puede entenderse hecha a la hipoteca, sino a la obligación u obligaciones garantizadas³⁴⁹, en línea con la postura defendida más arriba, pues mal podría ejercitarse una acción hipotecaria respecto de una hipoteca extinguida.

Algunos autores se refieren a una cancelación automática del asiento al vencimiento del plazo establecido, sin necesidad obviamente de consentimiento del acreedor, incluso “*sin importar si consta o no en el Registro un asiento revelador de una conducta ejecutiva por parte del acreedor*”³⁵⁰. No puedo compartir este último inciso: si la hipoteca se ejecuta dentro del plazo, la cancelación del asiento sólo competirá a partir de entonces al juez de la ejecución, sin que el registrador (estando pendiente la ejecución) pueda cancelar de oficio el asiento³⁵¹. Sí es sin embargo factible, en mi opinión, que las partes en la escritura atribuyan al deudor (o al hipotecante) la facultad de interesar, mediante simple instancia, la cancelación de la hipoteca flotante una vez que haya transcurrido el plazo de caducidad de la hipoteca, sin necesidad, así, de aceptación por parte de los acreedores o de cualquier manifestación conforme; el registrador debería proveer a la cancelación solicitada, por estar expresamente contemplada en el título (art. 82 LH), y, nuevamente, siempre que no consten en el registro cualquier acto o negocio incompatible con la cancelación (como la ampliación del plazo, la ejecución, etc.).

Un ejemplo de lo anterior podría ser la cláusula siguiente:

³⁴⁹ En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 279.

³⁵⁰ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 4. También parece pronunciarse a favor de la consideración del plazo del art. 153 bis LH como un plazo de caducidad en sentido estricto GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir...”, *op. cit.*, pp. 1.656-1.657).

³⁵¹ En este sentido, RRDGRN de 2 y 3 de enero de 2013 (BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente) relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes” (no constituidas al amparo del art. 153 bis LH) (véase el supuesto de hecho en las notas a pie de página en el apartado 7.1.9 del Capítulo IV): “[...] *nada se opone a que la prenda sin desplazamiento de posesión, como la hipoteca voluntaria [...] pueda ser constituida por un plazo determinado –como también puede quedar sujeta a una condición– (vid. Artículos 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción real, quedando totalmente extinguido el derecho de garantía una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución, en cuyo caso, la prenda se extinguirá al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa*” (F.D. 4.º).

“CUARTA.- DURACIÓN.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, las Partes acuerdan que la Hipoteca Flotante tendrá un período de duración hasta las 00.00 horas del día [] de [] de [] (en adelante, el “Plazo de Duración”), sin perjuicio del derecho del Hipotecante a demandar la cancelación de la Hipoteca Flotante con anterioridad a dicho plazo en el caso de que las Obligaciones Garantizadas hayan quedado completamente saldadas, a satisfacción de los Acreedores Hipotecarios.

En cualquier caso no procederá la cancelación automática del asiento de constitución de la Hipoteca Flotante si constara en el Registro algún tipo de asiento que revele haberse iniciado un procedimiento de ejecución o cualquier otro tipo de asiento contradictorio a la caducidad a que se refiere el párrafo anterior.

Al sexagésimo (60º) día siguiente al vencimiento del Plazo de Duración, la Hipoteca Flotante se cancelará mediante solicitud dirigida al Registro de la Propiedad con firma legitimada o firmada ante el Registrador por el Hipotecante, o por los Acreedores Hipotecarios que a dicha fecha ostenten tal consideración, salvo que con anterioridad se hubiese iniciado ejecución, cualquiera que sea el procedimiento elegido para ello, contra las FINCAS al amparo de esta Escritura (y ello aunque dicha ejecución no se hubiese rematado a la llegada de dicha fecha)”.

El acreedor puede acortar el plazo de la hipoteca flotante, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, ni del tercer poseedor, dado que el acortamiento del plazo de la garantía les beneficia. Tampoco necesitaría contar el acreedor con el consentimiento de los restantes titulares registrales (sean anteriores o posteriores en rango), salvo, obviamente, de quienes ostenten derechos inscritos sobre el crédito hipotecario (subhipoteca, anotación preventiva, etc.).

El último párrafo del art. 153 bis LH se refiere a las “prórrogas” del plazo pactado entre las partes. Se ha planteado la duda en torno a si estas “prórrogas” aluden a las relaciones obligatorias garantizadas o al derecho real de hipoteca (esto es, al plazo en el que pueden surgir las obligaciones llamadas a quedar cubiertas o a la hipoteca). Con el argumento de que no caben derechos reales sobre cosa ajena ilimitados, ni desde una óptima registral ni sustantiva, se ha afirmado que las “prórrogas” de la hipoteca flotante deberían referirse al plazo de las obligaciones garantizadas, entroncando con el instituto de la novación que, para que surta efecto ante tercero, debe constar

registralmente (art. 144 LH) y que, por afectar mediatamente al derecho real de hipoteca, debe reflejarse en la inscripción de ésta (art 9 LH y 51.9 RH)³⁵².

Sobre la base de la interpretación arriba defendida en torno al concepto del “*plazo de duración*” que el art. 153 bis LH impone, creo que la referencia final a las prórrogas también alude al plazo del derecho de hipoteca y no sólo de las obligaciones garantizadas. No obstante lo anterior, dada la generosa amplitud del plazo de prescripción de la acción hipotecaria en nuestro derecho (art. 128 LH), la mera ampliación del plazo de la hipoteca flotante no entrañará ventaja práctica alguna para las partes si no va acompañada de una ampliación del plazo en que pueden surgir las obligaciones garantizadas. Como, según he defendido antes, nuestro ordenamiento no regula o determina de forma autónoma o separada el plazo de surgimiento de las obligaciones garantizadas respecto del plazo de la hipoteca flotante, la ampliación del plazo de ésta conlleva, de suyo, una ampliación del plazo en que pueden surgir las obligaciones llamadas a quedar cubiertas (tratándose, obviamente, de una hipoteca global). Por eso, para mí, la prórroga a que se refiere el art. 153 bis LH *in fine* nos conduce al art. 81 LH (más que al art. 144 LH) lo que, además del consentimiento del propietario y del acreedor, requeriría el consentimiento de los titulares de derechos reales limitados posteriores, en línea con lo que se parece colegir del art. 4.3 de la Ley 2/1994, en la redacción atribuida por el art. 13 de la Ley 41/2007³⁵³. La denegación de

³⁵² DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: “La Eurohipoteca...”, *op. cit.*, p. 21.

³⁵³ La modificación introducida en el art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios por el art. 13 de la Ley 41/2007 da carta de naturaleza a la llamada “hipoteca recargable”. Se permite a las partes de un préstamo hipotecario introducir novaciones modificativas de determinadas previsiones contractuales sin perjudicar el rango hipotecario y sin necesidad de contar con la autorización de los titulares registrales posteriores. Sí se necesita autorización cuando se de una ampliación de la responsabilidad hipotecaria o “*la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*”. Mucho se ha escrito sobre este el alcance de esas dos excepciones, en las que se precisa el consentimiento de los titulares registrales posteriores para mantener el rango de la hipoteca. En mi opinión la única interpretación coherente de este artículo es la que exige el consentimiento de los titulares posteriores en caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria (pues supone una mayor afectación del bien, un engrandecimiento de ese patrimonio de destino en que consiste una hipoteca) o en caso de ampliación del plazo de la hipoteca (en este sentido, véase la RDGRN de 19 de julio de 2012 –La Ley 147726/2012–). Esta última parte puede jugar obviamente respecto de hipotecas flotantes (en las que, necesariamente es preciso establecer un plazo para la garantía), aunque también respecto de cualquier otra hipoteca en la que se haya pactado plazo. Véase a este respecto, AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: realidad...”, *op. cit.* y AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: excepciones...”, *op. cit.* En el mismo sentido, QUESADA PAEZ, Abigail: “Hipotecas especiales” en *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, pp. 355-356. También simpatiza con la idea PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango”, *op. cit.*, pp. 176-179. Otros autores han defendido que la necesidad de obtener el consentimiento de los titulares registrales posteriores se da, además de cuando se amplía la responsabilidad hipotecaria, en los casos de ampliación del principal del préstamo y simultánea

consentimiento, obviamente, no perjudica el rango ni la integridad de la hipoteca³⁵⁴, sino simplemente hace inoponible la ampliación respecto de dichos titulares, que se aprovecharán, por tanto, de la prescripción de la acción hipotecaria desde el vencimiento del plazo inicial (sin añadir la prórroga) y que podrán cuestionar la hipoteca respecto de la cobertura de las obligaciones surgidas en la prórroga (si bien necesariamente a través de un procedimiento declarativo, dada la limitación de las causas de oposición y la legitimación para interponerlas en el ejecutivo ordinario, en el ejecutivo hipotecario o en el procedimiento extrajudicial).

Por último, hay que enfatizar que la Ley exige que se establezca un plazo, pero no impone ninguna limitación en cuanto al mismo. Cabe, por tanto, que se pacte un plazo exageradamente prolongado para cubrir el riesgo, simplemente inimaginable al tiempo de la constitución, de que surjan créditos llamados a quedar cubiertos mucho después de la que podría ser estimación racional y prudente de las partes en ese momento. Si el deudor está necesitado de crédito, puede estar dispuesto para aceptar esta mayor

ampliación del plazo, pero no en los casos de simple ampliación del plazo del préstamo (SIEIRA GIL, Jesús: “La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, p. 170; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La modificación de los préstamos...” *op. cit.*, pp. 185-225; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable...” *op. cit.*, pp. 1.125-1.126). También se ha dicho que el segundo supuesto de excepción (“la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”) se reconduce al primero (ampliación de la responsabilidad hipotecaria) (DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: *El principio de accesoriidad y la patrimonialización del rango*, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 214-221; FERNÁNDEZ ROZADO, Manuel en SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (dir.): *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, Madrid: Civitas, 2009 (1.^a ed.), p. 211 y URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: “Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007”, *RDBB* n.º 112, octubre-diciembre 2008, pp. 29-30). Y, más residualmente, se ha defendido incluso que la mera ampliación del plazo provoca siempre la pérdida del rango de la hipoteca (obviamente, salvo que se consiga el consentimiento de los titulares posteriores) (DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios...” *op. cit.*, p. 4; CHAVES RIVAS, Antonio: “Ampliación de plazo y rango”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 26, julio-agosto 2009, pp. 172-177). Esta última postura, profundamente errada en mi opinión, es la que parcialmente respaldan las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (La Ley 217723/2012 y 217724/2012), 10 de enero de 2013 (La Ley 5719/2013), 4 y 7 de febrero de 2013 (La Ley 17071/2013 y Ley 18162/2013, respectivamente) que, sin embargo, defienden que el consentimiento de los titulares registrales posteriores en caso de ampliación del plazo es exigible sólo respecto de los titulares de “derechos inscritos”, pero no de los de “derechos anotados” (este tratamiento diferencial se defiende allí con argumentos incluso más flacos, en mi opinión). De la tesis de la DGRN en estas resoluciones resulta, sin embargo, que la falta de obtención del consentimiento de los titulares intermedios “inscritos” no produce la pérdida del rango de la hipoteca anterior (como defendía DELGADO RAMOS en el artículo citado) sino simplemente la inoponibilidad de la novación respecto de dichos titulares intermedios. En contra de esto, además de los arriba mencionados, VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “El registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”, en DIAZ RUIZ, Emilio (coord.): *Códigos de Conducta y Préstamos Hipotecarios*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 63.

354

En relación a las hipotecas del art. 153 LH, véase la RDGRN de 27 de noviembre de 1999 (BOE n.º 305, de 22 de diciembre de 1999, pp. 44917 y ss.).

extensión temporal del gravamen que la razonablemente indicada para el caso. Y esa fijación exagerada del plazo puede ir, claro está, más allá del plazo de 20 años de prescripción de la acción hipotecaria (que empieza a contar sólo desde que surge la posibilidad de ejecución), sin encontrar siquiera el tope de los 99 años de los derechos reales de uso. Otra cosa es que pueda combatirse un plazo exageradamente largo (por quien esté interesado en la cancelación de la hipoteca con anterioridad al vencimiento del plazo indicado) apelando a la doctrina jurisprudencial del desistimiento en las relaciones jurídicas indefinidas o incluso, a su carácter abusivo a la vista de las circunstancias.

1.6 La responsabilidad máxima hipotecaria

Exige el art. 153 bis LH la fijación de la cantidad máxima de que responde la finca³⁵⁵, pues no es admisible que a la indeterminación del crédito garantizado (en la flotante pura, se entiende) se una la del gravamen.

No es un elemento específico de la hipoteca flotante. La determinación de la responsabilidad máxima hipotecaria tiene carácter esencial para las hipotecas de seguridad, entendiéndola como exigencia del principio de especialidad³⁵⁶ (arts. 12 LH y 219 RH), sin que el establecimiento de una responsabilidad hipotecaria por debajo de la obligación permita hablar de dos obligaciones, una hipotecaria y otra no. Como en cualquier otra hipoteca, la responsabilidad hipotecaria beneficia o protege únicamente a los terceros poseedores o al tercero registral, pero no al deudor (salvo que se encuentre en situación concursal y en este caso, la limitación que supone la responsabilidad máxima hipotecaria busca proteger a los acreedores del deudor y no tanto a éste mismo), puesto que puede el acreedor hipotecario cobrar la totalidad de lo debido en la realización de la hipoteca aunque exceda la responsabilidad hipotecaria cuando no existan titulares registrales posteriores a la hipoteca ejecutada o terceros poseedores y el deudor no se encuentre en concurso (arts. 672 y 692 LEC). En esa misma línea, la responsabilidad máxima hipotecaria constituye el límite máximo del pago de la deuda que ha de hacer el titular de derechos inscritos posterior a la hipoteca que se ejecuta o el tercer poseedor para subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario ejecutante (arts. 659.3, 662, 689 LEC, en contraposición al derecho del deudor a pagar para

³⁵⁵ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, p. 231.

³⁵⁶ ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo VIII, pp. 119-120 y 135 y tomo IX, pp. 323 y ss.

enervar la ejecución en el art. 670.7 LEC, que se refiere a la totalidad de la deuda).

El requisito de la determinación de la responsabilidad hipotecaria guarda así relación con la indeterminación de la obligación asegurada (hipoteca en garantía de obligación futura)³⁵⁷ o con la posibilidad de que sean varias las obligaciones garantizadas. Estos son los campos de actuación por antonomasia de la hipoteca flotante: situaciones en las que existe indeterminación en la existencia y/o cuantía de las obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca o en las que convergen una pluralidad de obligaciones (aun perfectamente determinadas) sobre las que se extiende el manto protector de la hipoteca: *“Lo que se pretende con esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas”* dice enfáticamente la Exposición de Motivos de la Ley 41//2007, después de haber identificado la limitación que los principios de accesoriedad y determinación imponen en las hipotecas de tráfico para garantizar situaciones de pluralidad de obligaciones o en las que se mezclan obligaciones presentes (y por tanto determinadas) con obligaciones futuras (potencialmente indeterminadas) (*“La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras”*).

La responsabilidad máxima hipotecaria determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (que podrán, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca abonando dicha cifra³⁵⁸). La responsabilidad hipotecaria no limita la capacidad de endeudamiento del deudor (más que *de facto*, en el sentido de que cuando el riesgo vivo garantizado se aproxime a la cobertura hipotecaria, el acreedor será más renuente a continuar concediendo crédito hasta tanto no disminuya nuevamente hasta un umbral aceptable). La responsabilidad máxima hipotecaria tampoco otorga a los terceros información sobre el crédito garantizado en cada momento concedido al deudor, o el que aún es posible que se beneficie de la garantía. Ni ofrece, en fin, margen o capacidad para que los terceros limiten o controlen el procedimiento de concesión de crédito por el acreedor hipotecario. Adviértase, a este

³⁵⁷ Al igual que sucede con la prenda catalana, en la que es preciso determinar la cantidad máxima que garantiza cuando se aseguran obligaciones en las que se desconoce su importe al tiempo de la constitución (art. 569-14 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales).

³⁵⁸ RDGRN 2 de enero de 1996 (RJ 1996/584).

respecto, que la fijación de un máximo de responsabilidad ha sido una de las cautelas tradicionalmente reclamadas por la jurisprudencia alemana, italiana o francesa³⁵⁹ (no así por la española) para admitir la validez de la fianza global (junto con el derecho de desistimiento unilateral pro futuro del fiador).

Puesto que la totalidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante respalda cualquiera de las obligaciones garantizadas (por entero) y tiene el acreedor flotante (salvo que otra cosa se pacte en la escritura) derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria (a ninguna otra cosa parece conducir la generosidad de la previsión legal en cuanto al pacto de determinación del saldo exigible y la posibilidad de confiar la liquidación al acreedor flotante), debería admitirse sin dificultad el derecho del acreedor de establecer unilateralmente en cualquier momento (por ejemplo, para facilitar una cesión a terceros de cualquiera de los créditos cubiertos por la hipoteca flotante) el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor o de los titulares registrales posteriores. Ello no perjudica a los restantes acreedores del hipotecante, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior pues todos conocen, porque el registro así lo publicita, que el acreedor hipotecario tiene derecho de agresión sobre el bien *hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria* en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos o de algunos de ellos. Y enfatizo que es un derecho de agresión hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria no porque la realización no se proyecte sobre todo el bien, evidentemente, sino porque, como se puso de relieve anteriormente, la responsabilidad máxima hipotecaria restringe el derecho del ejecutante sobre el remanente a favor de los titulares registrales posteriores y el tercer poseedor (e incluso, a favor de los acreedores no inscritos del propietario deudor, para el caso de que se encuentre en concurso *ex art. 692 LEC*).

El art. 153 bis LH no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados. Ello resultaría lógico en la hipoteca flotante pura (lo contrario privaría a la flotante de una de sus mayores potencialidades, que es la de servir como campo fértil para la generación de crédito futuro, al imponer a las partes estimar

³⁵⁹ Véase en CARRASCO PERERA, Angel: “La fianza general”, *op. cit.*, pp. 1.050 y ss.

las condiciones de relaciones jurídicas aún siquiera planteadas preliminarmente)³⁶⁰. Pero también se advierte claramente en los casos en los que se aseguran obligaciones existentes, pero la responsabilidad hipotecaria no alcanza el principal de todas ellas³⁶¹. Incluso en caso de que se garanticen solamente obligaciones presentes, y no futuras, puede interesar a las partes que no se distribuya la responsabilidad hipotecaria máxima entre cada obligación, sino por el contrario, que todos y cada uno de los créditos garantizados lo estén hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria fijada. Se quiere con esta opción, entre otras cosas, que en caso de amortización o extinción de cualquiera de los créditos garantizados por la hipoteca, se mantengan los restantes créditos garantizados hasta el total de la responsabilidad máxima inicial. Si se distribuyera la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, nos encontraríamos en una situación muy próxima (sino igual) a la de coexistencia de varias hipotecas con el mismo rango hipotecario sobre el bien: la amortización o extinción de cualquiera de ellos podría llevar naturalmente aparejada la cancelación parcial de la hipoteca en lo tocante a la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria inicialmente asignada al crédito amortizado o extinguido (*ex art 1857.1º CC*), sin que “acrezca” la afección real respecto de los demás créditos asegurados o se beneficien de la responsabilidad hipotecaria extinguida.

En mi opinión, el atributo de la indiferenciabilidad propia de la flotante permite que ni siquiera en el caso de que la hipoteca garantice sólo obligaciones existentes, pueda entenderse reducida la garantía en caso de amortización o extinción de cualquiera de ellas, tanto si la responsabilidad hipotecaria inicial es mayor como si es menor que la suma de las obligaciones garantizadas. Algunos autores aceptan este principio pero sólo cuando la responsabilidad hipotecaria es inferior a los créditos garantizados. Si fuera superior, alegan, *“la cuantía de [las obligaciones] opera como un porcentaje en la responsabilidad hipotecaria propio y excluyente del resto de las obligaciones y, por tanto, pagada alguna obligación, la responsabilidad hipotecaria deberá reducirse proporcionalmente, sin que exista un acrecimiento o redistribución de cantidades a las otras obligaciones pues, por no ser necesario, no operará la flotabilidad o indiferenciabilidad de la hipoteca de máximo del art. 153 bis de la L.H.”*³⁶². No

³⁶⁰ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 869 y 883.

³⁶¹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores...”, *op. cit.*, p. 2.761.

³⁶² VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores...”, *op. cit.*, p. 2.769. Ídem VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 228.

entiendo yo el argumento jurídico de que la indiferenciabilidad opere sólo cuando sea necesario, y no opere si no lo es. Más bien creo que la indiferenciabilidad es una nota definitoria, un atributo esencial de la hipoteca flotante que, por tanto, opera salvo pacto entre las partes (o determinación unilateral del acreedor). Se necesite o no se necesite. Haya responsabilidad hipotecaria suficiente o insuficiente. Por tanto, sólo en el caso de que en la escritura de constitución de la hipoteca o con posterioridad se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas (por convención o por determinación unilateral del acreedor) con trascendencia registral, podrá mantenerse que la amortización o extinción de una de las obligaciones conlleva la extinción parcial de la flotante (por la parte de la responsabilidad correspondiente) (ello, obviamente, sin perjuicio de la cancelación superficiaria que impondrá el art. 80.2º LH en relación con el art. 122 LH y lo dispuesto en el art. 179 RH).

También en este punto la redacción final del art. 153 bis LH contraría (aunque no de forma expresa) la doctrina de la DGRN en torno a la hipoteca semi-flotante, incluso aquella más aperturista que precedió a la promulgación de la Ley 41/2007. Me refiero a las RRDGRN de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 (La Ley 70250/2006 y RJ 2006/8117, respectivamente), en las que se admite que una única hipoteca pueda cubrir distintas obligaciones, con causa diversa, pero se exige establecer separadamente, dentro de la responsabilidad hipotecaria, la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía. El art. 153 bis LH se limita a imponer “*la cantidad máxima de que responde la finca*” lo que, unido al dato de que no exige la identificación del número de las obligaciones garantizadas, ni de la cuantía máxima de cada una de ellas, lleva necesariamente a excluir la necesidad de que se parcele o trocee la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas y ello incluso en el caso de que, en algún momento, la suma de las cuantías de las obligaciones garantizadas no sea superior a la responsabilidad máxima hipotecaria total³⁶³.

Más dudoso es que no haya que distribuir la responsabilidad global entre las distintas partidas de principal, intereses ordinarios o de demora y ello principalmente para asegurar el control del cumplimiento de la limitación de intereses en perjuicio de

³⁶³ En contra, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca...”, *op. cit.*, pp. 1.136 y 1.147-1.148, aunque rechaza el axioma una obligación-una hipoteca para las de seguridad, concluye: “*Lo que sí parece indiscutible es la necesidad de concretar perfectamente la responsabilidad hipotecaria, y los distintos tramos de los que se responde por cada obligación garantizada*”.

terceros establecida en el art. 114 LH³⁶⁴. La utilización de la disyuntiva “o” en el párrafo primero del art. 12 LH (“*el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados*” – “*el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*”) parecería autorizar, con carácter general, la omisión del desglose de intereses en las hipotecas de seguridad, en cuya especie se integra la hipoteca flotante.

Es verdad que la hipoteca del art. 153 LH se ha considerado al margen de esta limitación, por asegurar la devolución del saldo final, en tanto que las partidas de intereses que se van devengando, se van cargando en la cuenta, en las liquidaciones parciales, integrando por tanto el saldo que deviene exigible al vencimiento del plazo³⁶⁵ (esto es, la hipoteca garantiza la obligación independiente y autónoma que resulta de la agregación sustantiva de determinadas obligaciones contractualmente tasadas³⁶⁶ y no cada uno de los asientos). Pero la hipoteca flotante no garantiza un saldo. Si la flotante se usara en garantía de varias obligaciones presentes y de cuantía cierta o, aún más, de una única obligación presente de cuantía cierta, ¿qué argumento usar para rechazar la necesidad de individualizar las porciones de responsabilidad por intereses máximas en perjuicio de tercero que se exige tradicionalmente para una hipoteca de tráfico³⁶⁷? El argumento de que el 153 bis LH no lo impone quizá no sea suficiente para eludirlo.

Por último, otro de los argumentos a favor de la exigencia de individualización de los límites de responsabilidad hipotecaria por intereses deriva de la postura tradicional de la DGRN en torno a la hipoteca del art. 154 LH –otro caso de hipoteca en garantía de varios créditos– que ha venido exigiendo la plena identificación de las cambiales y el

³⁶⁴ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Legislación Hipotecaria...*, op. cit., p. 110 considera que sí se aplica, en tanto que BERMEJO PUMAR lo rechaza (BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, op. cit., pp. 21-22). Recuérdese que la Exposición de Motivos de la LH justificó, ya en 1861, esta limitación en la protección de la legítima creencia del adquirente de la cosa gravada de que la obligación está al corriente, creencia fundada en no haber sido ejercitada la acción hipotecaria: “*el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que pueda hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, queda perjudicado por la omisión e incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor. De ahí proviene que, a imitación de muchos códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción, iuris et de jure (sic) de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses en el hecho de no reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar lo devengado antes*”.

³⁶⁵ AVILA NAVARRO, Pedro: “La hipoteca en garantía...”, op. cit., p. 193.

³⁶⁶ La RDGRN de 10 de julio de 2001 (RJ 2001/5910) se apoya precisamente en que sólo pueden ser cargadas en la cuenta las partidas identificadas y no cualesquiera otras que resulten de las relaciones entre acreedor y deudor para negar el carácter de hipoteca flotante de la modalidad del art. 153 LH.

³⁶⁷ RDGRN de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5617).

desglose o distribución de la responsabilidad hipotecaria por principal, intereses ordinarios, de demora y costas no sólo entre las varias fincas hipotecadas (RDGRN de 23 de octubre de 1981), sino incluso entre las propias letras de cambio garantizadas (ATSJ Cataluña de 27 de septiembre de 1993³⁶⁸). La necesaria individualización de los distintos conceptos se ha puesto en relación con la configuración netamente registral de la hipoteca y la protección del tercero hipotecario, distinguiéndose “*el plano de la responsabilidad personal, en la que el sujeto pasivo es la parte prestataria, con la responsabilidad hipotecaria, en la que el sujeto pasivo es indeterminado, pues, de otra parte, no debe olvidarse que la hipoteca constituye un privilegio y como tal debe ser objeto de interpretación estricta y el tope máximo que representan las cantidades señaladas para cada uno de los conceptos por exigencias del principio de determinación registral en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos*”³⁶⁹.

En definitiva, creo que en la flotante global y en cualquier otra utilización de la hipoteca flotante como hipoteca de seguridad puede excusarse el cumplimiento del requisito del desglose, en tanto que no se podrá entender inaplicable a la flotante en garantía de una sola o de más obligaciones presentes³⁷⁰.

³⁶⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, pp. 201-202.

³⁶⁹ F.D. 5.º del AAP de La Coruña nº 53-2006 de 24 de abril de 2006 (Sr. Fernández-Montells Fernández) (JUR 2006/162460).

³⁷⁰ Ídem, FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, p. 242 y USINSKAITE, Alvyda: *Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y fórmulas contractuales modernas* [en línea], Trabajo Fin de Máster Universidad Complutense de Madrid, junio 2011, <<http://eprints.ucm.es/13877/1/ALVYDA.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2013], p. 81. VALERO FERNÁNDEZ-REYES parece exigir este desglose en todo caso (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 215).

LA INDIFERENCIABILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE**1. La indiferenciabilidad como rasgo natural de la hipoteca flotante**

Como se ha expuesto en el Capítulo I, una de las notas definitorias de la hipoteca flotante es la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria, que implica que no es necesario que se efectúe la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas o llamadas a quedar garantizadas³⁷¹. Lo cual no significa que no se pueda, si las partes lo quieren al tiempo de la constitución de la hipoteca (e incluso si el acreedor hipotecario lo quiere en cualquier momento posterior) parcelar o trocear la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados.

Debe partirse de la idea de que la indiferenciabilidad es una nota ciertamente excepcional o atípica en nuestro sistema hipotecario. En efecto, el sistema latino o de avance de puesto que impregna nuestro Derecho hipotecario impone, desde la base de la publicidad del crédito que resulta del registro, la postergación de las cargas posteriores³⁷², al tiempo que otorga a los titulares de éstas el derecho a avanzar automáticamente y a mejorar su rango cuando el crédito precedente se paga o se extingue, incluso parcialmente (aun cuando, por imperativo de los arts. 122 LH ó 179 RH no sea posible la cancelación parcial superficial de la hipoteca en tanto no se haya extinguido totalmente la obligación asegurada) (arts. 17, 23, 24 y 134 LH, entre otros). Y esta exigencia, que podríamos considerar institucional de nuestro Derecho (en oposición al sistema germánico o de “puesto vacío” a disposición del propietario), no es aplicable sólo al tiempo de la ejecución, sino durante toda la vigencia de la garantía. Una de las críticas respecto a las hipotecas flotantes antes de la Ley 41/2007 era precisamente que menoscababan injustificadamente el sistema de avance de puesto que debe resultar cuando la obligación asegurada se extingue o no llega a nacer³⁷³.

Por centrarnos en el momento de la ejecución (en el que los efectos del sistema de avance de puestos son más evidentes), los titulares de derechos inscritos posteriores al derecho del ejecutante pueden subrogarse en los derechos del actor abonando antes del

³⁷¹ QUESADA PAEZ, Abigail: “Hipotecas especiales”, *op. cit.*, p. 358.

³⁷² BONILLA ENCINA, Juan Francisco: “La prioridad en el sistema hipotecario español”, *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II, p. 482.

³⁷³ GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales...”, *op. cit.*, pp. 231-232.

remate el importe del crédito, intereses y costas “[...] *dentro del límite de la responsabilidad que resulte del Registro [...]*” (art. 659.3 LEC). El mismo derecho y el mismo límite se reconoce en favor del tercer poseedor (“[...] *dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien [...]*” del art. 662.3 LEC). Análogamente, los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados tienen derecho a que se les entregue el precio de remate previo pago del importe del principal del crédito del actor, los intereses devengados y las costas causadas “*sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria*” (primer párrafo del art. 692.1 LEC).

Una vez satisfechos los créditos posteriores, el sobrante se entregará al propietario del bien (art. 692.1, párrafo primero *in fine*). E incluso cuando el deudor sea el propietario del bien al tiempo de la ejecución, el precio de remate (una vez satisfechos los créditos inscritos o anotados posteriores) “*en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria*” se destinará al pago del crédito del ejecutante salvo que el acreedor se encuentre en concurso (art 692.1, párrafo segundo LEC). Así, si a los titulares registrales posteriores y al tercer poseedor se le reconocen esos límites parciales respecto de principal, intereses y costas, cuando hay un único crédito, ¿cómo no exigir el troceamiento de la responsabilidad hipotecaria en caso de hipoteca en garantía de más de una obligación? El tercer poseedor y los titulares registrales posteriores estarían obviamente más protegidos si se aplican límites parciales de responsabilidad hipotecaria respecto de cada una de las obligaciones aseguradas por la hipoteca y no sólo el límite total de la responsabilidad hipotecaria (indiferenciabilidad). El rechazo a la indiferenciabilidad también podría apoyarse en las resoluciones de la DGRN inmediatamente anteriores a la promulgación de la Ley 41/2007, resoluciones en las que la DGRN matiza su anterior oposición frontal a la hipoteca en garantía de varias obligaciones, admitiéndola, pero exigiendo la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones³⁷⁴.

¿En base a qué, entonces, podemos mantener la indiferenciabilidad como rasgo natural de la hipoteca flotante que pugna con el principio de avance de puestos de nuestro Derecho?

(a) El primero de los argumentos, quizá el más débil, apela a la condición de

³⁷⁴ RRDGRN de 1 de junio de 2006 (BOE n.º 169, de 17 de julio de 2006, pp. 26921-26925) y 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8117).

“*hipoteca de máximo*” de toda flotante (art. 153 bis LH), que la exime de la obligación de determinación de la cifra de cada uno de los conceptos de principal y accesorios (art. 12 LH, en la redacción introducida por la Ley 41/2007), imponiendo sólo la fijación del “*importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*”: si en la inscripción de una hipoteca de máximo “normal” no se exige la determinación de la cifra de principal, intereses y otros conceptos del crédito garantizado, sino que basta con referir la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, ¿por qué exigir el detalle de los distintos créditos garantizados en una hipoteca flotante que no es sino una hipoteca de máximo en garantía de una pluralidad de obligaciones?

- (b) El segundo argumento alude a que el sistema latino o romano de avance de puestos tiene, en nuestro Derecho, excepciones. Algunas de las excepciones citadas por la doctrina tiene un carácter clínico, como el caso en que el acreedor adquiera la finca hipotecada por herencia sujeta a fideicomiso; cuando el propietario de una finca adquiere un censo o dominio directo o un crédito hipotecario que grava dicha finca, y cuyo censo, crédito hipotecario, etc. se encuentra a su vez gravado con un fideicomiso, reserva o legítima del tipo mencionado en el art. 15 LH o cuando el acreedor hipotecario compra a pacto de retro la finca hipotecada estipulándose que, hasta que caduque el retracto, y quede perfecta e irrevocable la adquisición, se mantendrá la hipoteca constituida a favor del comprador³⁷⁵. Pero hay otras excepciones más cotidianas, como la que resulta del art. 1.023 CC, que permite al heredero acreedor hipotecario del causante que acepta a beneficio de inventario conservar una hipoteca sobre cosa propia. O la que deriva del art. 118 LH, que faculta al vendedor de una cosa hipotecada sin subrogación del comprador en la deuda servirse de la hipoteca en caso de pago de la deuda garantizada en su acción contractual de reintegro o extracontractual de enriquecimiento respecto del precio retenido o descontado. O, aún más evidente, la que resulta del art. 4.2(i) de la Ley 2/1994, en la redacción introducida por la Ley 41/2007, esto es, la ampliación del principal del préstamo con mantenimiento del rango hipotecario y sin necesidad de consentimiento de los titulares posteriores: si la Ley 41/2007 ha permitido la ampliación del principal de un préstamo hipotecario bancario que haya sido parcialmente amortizado, con

375

ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, p. 138.

mantenimiento del rango hipotecario incluso en el caso de que existan titulares registrales posteriores y sin su consentimiento (*“excepto cuando impliquen incremento de la responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”* ex art. 4.3 Ley 2/1994), en clara pugna, por tanto, con el sistema de avance de puesto, ¿por qué no admitir esa misma excepción para esa nueva modalidad hipotecaria introducida por la misma Ley 41/2007? Recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 pretende superar la situación preexistente: “[...] *Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria*”. Y contiene en este sentido una clara exhortación para *“avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas”*.

- (c) Y el tercer argumento, a mi parecer el más contundente, es el que se centra en los perfiles de la hipoteca flotante para extraer de éstos, como corolario inexcusable, la indiferenciabilidad de la garantía: carece de toda lógica que el legislador introduzca en nuestro Derecho una hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún futuras y no perfectamente diferenciadas, y sin exigirse vínculo causal entre ellas, si se impone al acreedor o a las partes la obligación de asignar la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, sea *ab initio*, sea a medida que surgen las obligaciones garantizadas.

Y este rasgo natural de la indiferenciabilidad no sólo puede predicarse de las flotantes puras en las que, por la propia radical incertidumbre inicial sobre si surgirán o no, y en qué medida o por qué importe(s) las obligaciones futuras llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca, resultaría difícil (aunque no imposible) determinar inicialmente las porciones de la responsabilidad hipotecaria que asegurarían cada obligación, sino en todas las hipotecas flotantes. El desglose de la responsabilidad hipotecaria no reporta ningún provecho al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o a los titulares registrales posteriores más digno de protección que el de las partes de la hipoteca, que pretenden que esta sirva de campo fértil para la generación de crédito futuro, para lo cual es del todo conveniente que toda la hipoteca (toda la responsabilidad hipotecaria) esté en cualquier momento al servicio de la o de las obligaciones cubiertas pendientes de cumplimiento. No es razonable pedir al hipotecante o al acreedor un

“*cálculo de probabilidades*” o predeterminación, al tiempo de la constitución de la hipoteca, de las obligaciones que es previsible que surjan y de los importes de cada una de ellas en aras de un mal aplicado principio de integridad registral (art. 32 LH) o de protección del tercero hipotecario (art. 34 LH). Tanto uno como otro se encuentran debidamente cumplidos cuando una hipoteca flotante pura se inscribe, pues a partir de ahí el registro avisa de que pueden surgir obligaciones futuras que quedarán cubiertas por la garantía (por importe y en número que no es preciso establecer en la escritura) durante el plazo máximo de la hipoteca que consta en el registro, y que el bien hipotecado puede ser ejecutado en caso de incumplimiento de todas, alguna o algunas de dichas obligaciones, hasta el importe conjunto de las deudas por las que se ejecuta, con el límite de la responsabilidad hipotecaria.

La indiferenciabilidad también es un rasgo natural en las hipotecas flotantes en garantía de varias obligaciones determinadas, sean todas ellas futuras o haya mezcla de obligaciones presentes y futuras. Porque también en este caso (es verdad que con menor intensidad) existe un elemento de incertidumbre en torno a si surgirán o no la obligación u obligaciones futuras cubiertas. Incertidumbre que hace que no se pueda imponer al hipotecante ni al acreedor hipotecario predeterminar *ab initio* la porción de la responsabilidad hipotecaria que responde de cada obligación.

E incluso en el caso de una flotante en garantía de varias obligaciones, todas presentes, me parece inexigible el desglose de la responsabilidad hipotecaria. Aquí ya no se puede apelar a la irrazonabilidad de la exigencia del “*cálculo de probabilidades*”, pues todos los elementos de las obligaciones cubiertas se conocen. Pero aún puede valer la referencia al primer párrafo del art. 12 LH (“*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda [...] o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas*”). Y también, y principalmente, que el legislador de la Ley 41/2007 ha querido establecer una nueva modalidad hipotecaria que permita cubrir con una única garantía, entre otras hipótesis, varias obligaciones presentes. Si exigiéramos el desglose de la responsabilidad hipotecaria en este caso (que, reitérese, el art. 153 bis LH no impone), acabaríamos en una situación igual a la de la constitución de varias hipotecas de rango simultáneo en garantía de sendas obligaciones presentes y, para ese viaje, ciertamente no habrían sido necesarias las alforjas de la Ley 41/2007.

2. La renuncia a la indiferenciabilidad

Se trata de un rasgo natural, no es un elemento esencial de la hipoteca flotante. Puede constituirse una hipoteca flotante con distribución de responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones aseguradas, ya sean todas presentes, ya integren presentes y futuras o sean todas futuras. Respecto de las futuras, obviamente, la única solución para la distribución resultaría ser la pre-estimación o cálculo de su importe.

Ello puede acontecer por convención de las partes en la escritura de hipoteca.

También por determinación del hipotecante al tiempo de la constitución de una hipoteca flotante unilateral o, incluso, en cualquier momento anterior a la aceptación por parte del acreedor hipotecario flotante si se hubiere hecho el requerimiento previsto en el segundo párrafo del art. 141 LH (pues, quien puede lo más –cancelar la hipoteca unilateral no aceptada en los dos meses siguientes al requerimiento– también puede lo menos –distribuir la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca unilateral flotante inicialmente no distribuida–). En ambos casos, obviamente, sin necesidad de consentimiento del acreedor hipotecario flotante.

Y, por último, también puede proceder por determinación del acreedor hipotecario en cualquier momento, cuando no se hubiera efectuado con anterioridad, igualmente sin necesidad de consentimiento del deudor o del hipotecante no deudor³⁷⁶. Es esta última afirmación la más polémica.

³⁷⁶ En contra (es decir, exigiendo en todo caso convención de las partes) parece pronunciarse DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios...”, *op. cit.*, p. 2, si bien se refiere a ello de forma general, no en el contexto de análisis del art. 153 bis LH.

1. Previo. La naturaleza constitutiva o declarativa de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en general

1.1 La posición anterior a la modificación del art. 149 LH mediante la Ley 41/2007

Mientras que la inscripción de la hipoteca, dado su carácter constitutivo, es condición *sine qua non* de su validez, no tiene eficacia constitutiva sino meramente declarativa la inscripción de la cesión del crédito hipotecario según ha entendido la doctrina mayoritaria³⁷⁷ y la jurisprudencia desde antiguo (SSTS de 22 de diciembre de

³⁷⁷ Para la mayoría de la doctrina, en efecto, la consecuencia de la no inscripción de la cesión es su inoponibilidad respecto de terceros, no la invalidez de la cesión del crédito, ni de la hipoteca, y ello aunque la inscripción originaria de la hipoteca sí sea constitutiva (por imperativo expreso de los arts. 145 LH y 1.875 CC). La argumentación se apoya en especial en los arts. 1.526,2 y 1.528 CC: no es oponible la cesión a los terceros sino desde que se inscribe, pero el cesionario se subroga en todos los derechos y acciones del cedente en relación al crédito y, por la accesoriedad, en relación a la hipoteca, incluso antes de la inscripción o a pesar de la no inscripción de la cesión; la cesión es un acto de diferente régimen que el de la constitución de la hipoteca, cuya constancia registral posee distinto alcance. En este sentido: AGUADO, Crescenciano: *Legislación Notarial*, Madrid: Ed. Reus, 1930, p. 241; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: “Comentario a los artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, Madrid: Edersa, 2000 (2.ª ed.), pp. 306 y 312-314 (si bien propone de *lege ferenda*, otorgar a la inscripción carácter constitutivo y, con posterioridad a la modificación del art. 149 LH por la Ley 41/2007, quiere ver en la modificación una aceptación de su propuesta en BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, pp. 77 y 79); GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “La hipoteca”, *op. cit.*, pp. 882 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, José María: “Comentario a los artículos 1.878 CC”, *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Madrid: Ed. Reus, 1973 (6.ª ed.), p. 683; MORREL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, Madrid: Hijos de Reus Editores, 1930, p. 241; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III (*Derecho de cosas*), vol. 3 (*Prenda. Anticresis. Hipoteca inmobiliaria y mobiliaria. Reserva de dominio. Venta fiduciaria. Anotación preventiva. Tanteo. Retracto. Opción. Censos*), Barcelona: Ed. Bosch, 1983 (3.ª ed.), p. 186; ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo X, p. 77 (“[...] en materia de cesión de créditos hipotecarios, la ley sigue el criterio general de nuestro sistema: la inscripción es declarativa y solo robustece al título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, aparte de los derivados del principio de legitimación”); DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid: Tecnos, 2005 (7.ª ed.), p. 476, si bien en la edición posterior, parecen apostar por la dualidad de ley de transmisión del crédito y de la hipoteca derivada de la Ley 41/2007 (DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, tomo II (*Derechos reales en particular*), Madrid: Tecnos, 2012 (8.ª ed.), pp. 185-186); GUILARTE ZAPATERO, Vicente: “Comentario al artículo 1.878 del Código Civil” en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII (*Artículos 1.822 al 1.886 del Código Civil*), Madrid: Edersa, 1990 (2.ª ed.), pp. 613-621; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: “Comentario a la STS de 12 de marzo de 1985”, *CCJC* n.º 8, 1985, pp. 2.532-2.533; NAVARRO PÉREZ, Jose Luis: *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Córdoba: Ibarra de Arce, 1998 (2.ª ed.), p. 187; YSÀS I SOLANES, María: “Comentario a la Sentencia del

1945, RJ 1995/1305³⁷⁸; 29 de junio de 1989, Sr. Fernández Rodríguez, RJ 1989/4797³⁷⁹;

Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989. Cesión de crédito hipotecario. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Legitimación activa”, CCJC n.º 21, 1989, pp. 775-788; CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, tomo II, Madrid: Marcial Pons, 2000 (4.ª ed.), p. 1.776; GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Comentario al artículo 1.878 del Código Civil” en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (dirs.): *Comentario al Código Civil*, tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993 (2.ª ed.), pp. 1.913 (“[...] hay que diferenciar la constitución de la hipoteca, de la de la cesión de créditos hipotecarios [...] la transmisión no supone nuevo nacimiento del derecho que exija reiterar el requisito de la inscripción a efectos de su existencia, pues la hipoteca ya existe y subsiste con prioridad registral con independencia de las sucesivas cesiones”) (tras la modificación operada en la redacción del art. 149 LH por la Ley 41/2007, este autor ha alterado su criterio para defender ahora la eficacia constitutiva de la inscripción de la cesión: GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2010 (6.ª ed.), p. 292); GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: *Sistema español de cesión de créditos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 209; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: “Sobre la cesión de los créditos hipotecarios”, *RCDI* n.º 694, marzo-abril 2006, pp. 482-483; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, tomo V (*Derechos reales y Derecho hipotecario*), Madrid: Marcial Pons, 2009 (7.ª ed.), pp. 105-106 (“el hecho de que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva, unido a los términos literales del art. 149 (“siempre que...”)) lleva a algunos autores a pronunciarse en respecto de la inscripción de la cesión en términos que sugieren la esencialidad de tal requisito y, en consecuencia, el carácter constitutivo de la propia inscripción de la cesión del crédito hipotecario. Sin embargo, no hay tal, pues el “cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente” aunque no haya inscrito a su favor la cesión. La inscripción de la cesión de un crédito hipotecario sólo despliega su eficacia en las relaciones entre el cesionario y, en su caso, los terceros”); LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 2, *op. cit.*, pp. 287-289; y CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución hipotecaria*, Tesis Doctoral Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 281-291.

378 “Porque el hecho de que el demandante actuase en el procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario, no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita en fecha posterior a la del arriendo, ya que el cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente según prescribe el artículo 150 de la Ley y se hizo constar además en la correspondiente escritura, y, por lo tanto, asumió la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior y preferente a la del arrendatario-demandado que inscribió su derecho con posterioridad al de la hipoteca”.

379 “[...] porque si ciertamente la normativa contenida en los indicados preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo segundo del invocado artículo 149 de la Ley Hipotecaria cuando previene que «el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente», significativo, como tiene declarado la Resolución de 22 de diciembre de 1945 (RJ 1945\1305) de que el hecho de que el demandante actuase en el procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario, no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior, ya que el cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente y por tanto asume la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior y preferente al demandado; lo confirma el también invocado artículo 32 de la referida Ley Hipotecaria cuando se manifiesta en el sentido de que los derechos reales no inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero determinando, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 15 de abril de 1899, 27 de octubre y 28 de noviembre de 1900, 1 de junio de 1901, 13 de junio de 1902 y 17 de enero de 1903, que los títulos no inscritos en el Registro de la Propiedad pueden y deben ser estimados, cuando las personas a quienes perjudican no ostentan

n.º 1121/1993 de 23 de noviembre de 1993, Sr. Ortega Torres, RJ 1993/9209³⁸⁰; n.º 10/2004 de 20 de enero de 2004, Sr. Almagro Nosete, RJ 2004/204, y n.º 665/2007 de 4 de junio de 2007, Sr. Almagro Nosete, RJ 2007/3426³⁸¹ y n.º 148/2003 de 25 de febrero de 2003, Sr. García Varela, RJ 2003/1052³⁸²; en la jurisprudencia menor: SAP Madrid de 20 de abril de 1999, Secc. 21.ª, Sr. Belo González, AC 1999/8420³⁸³; AAP Castellón

frente a ellos otros inscritos, dado que, en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la referida Ley Hipotecaria, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias de 11 de enero de 1888, 26 de octubre de 1899, 22 de diciembre de 1915 y 8 de marzo de 1922, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es por sí un título de derecho, sino corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad; lo corrobora el artículo 1526 del Código Civil cuando indica que «la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227» y «si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro», lo que, «a sensu contrario», da a entender, como proclaman las Sentencias de 16 de octubre de 1982 (RJ 1982\5558), 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984\4972), que tal precepto se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a fecha de la cesión, pero no que prive de eficacia a la cesión entre el cesionario demandante y ejecutante del crédito hipotecario cedido y el demandado deudor hipotecario, de una parte en razón a que siendo la hipoteca un derecho de naturaleza real, es de afirmar que genera un derecho de realización de valor, con la característica, que ya apunta el artículo 1858 del Código Civil, de ser un señorío típico que ejerce el titular hipotecario, o acreedor, que confiere el poder o facultad de hacerse con dinero a cargo de la cosa hipotecada, y de otra parte por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquélla subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea con existencia propia, sino que vive al servicio de crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil”.

³⁸⁰ “[...] la omisión de los requisitos de forma establecidos en el art. 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad, como ya declaró una antigua jurisprudencia (S. 11-5-1905), reiterada en la S. 29-6-1989 (RJ 1989\4797), expresiva de que «el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el Orden Civil como en el Hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo tercero del invocado art. 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente»; de donde se sigue el fracaso del motivo”.

³⁸¹ “La cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación a este tenga otro alcance que el obligarlo con el nuevo deudor debiendo entenderse las exigencias de la legislación Hipotecaria (art. 149) de inscripción del crédito hipotecario cedido en sus efectos en relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico especial, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios habiéndose declarado en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúe en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior”.

³⁸² “[...] la notificación al deudor sirve para vincular a éste con el nuevo titular, y el de la inscripción [...] es imprescindible para que produzca efectos contra terceros [...]”.

³⁸³ “Habiéndose proclamado por la doctrina jurisprudencial que la omisión de los requisitos de forma establecidos en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad, ya que el Ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguientemente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública

n.º 516/2000 de 20 de septiembre de 2000, Secc. 3ª, Sra. Boldó Roda, JUR 2001/163657³⁸⁴; SAP Segovia n.º 151/2002 de 30 de abril de 2002, Sra. Villalain Ruiz, JUR 2002/185667³⁸⁵; SAP Alicante n.º 260/2005 de 7 de junio de 2005, Secc. 7ª, Sra.

registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo pone de manifiesto el párrafo tercero del invocado artículo 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente". Y sin embargo, esta sentencia propone vedar el acceso al judicial sumario al cesionario no inscrito: "Cuando un crédito hipotecario voluntario nominativo pretende hacerse efectivo a través del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por el nuevo acreedor cesionario, para que se admita la demanda y se mande sustanciar el procedimiento, es necesario que, junto al título ejecutivo (primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad), se acompañe certificado registral en el que conste la inscripción de la cesión y documento acreditativo de la notificación de la cesión al deudor cedido (en este procedimiento se pretende dar eficacia al crédito hipotecario cedido contra el deudor cedido). Pero resulta que el artículo 149 de la Ley Hipotecaria sólo es de aplicación cuando la cesión o enajenación del crédito hipotecario se efectúa por un específico negocio jurídico por el que se dispone y transmite el crédito hipotecario y no a la que se produce por ministerio de la ley, la cual se rige por sus normas especiales. Y, en este último caso, se encuentra el supuesto de la sociedad anónima que siendo titular del crédito hipotecario es absorbida por otra".

384

"Sobre este asunto han recaído diversas sentencias del Tribunal Supremo, siendo las de fecha más reciente la de 29 de junio de 1989 (RJ 1989, 4797) y la de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993,9209). De la primera de ellas pueden extraerse argumentos –por otra parte reiterados en sentencias posteriores– aplicables por completo al caso que nos ocupa. Así, aunque los arts. 149, 18, 20 y 30 de la Ley Hipotecaria y 244 de su Reglamento en relación con el artículo 1259 del Código Civil, aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario sigue la orientación y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios. El cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente (art. 149.2 LH) y por tanto asume la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior. Lo confirma el art. 32 de la Ley Hipotecaria cuando se manifiesta en el sentido de que los derechos reales no inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero determinado y el art. 33 del mismo cuerpo legal cuando establece que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es por sí un título de derecho, sino de corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad. Del mismo modo, la interpretación "a sensu contrario" del art. 1526 del Código Civil (SSTS 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4972)) dan a entender que "tal precepto se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a fecha de la cesión, pero no que prive de eficacia a la cesión entre el cesionario demandante y ejecutante del crédito hipotecario cedido y el demandado deudor hipotecario, de una parte en razón a que siendo la hipoteca un derecho de naturaleza real es de afirmar que genera un derecho de realización de valor, con la característica, que ya apunta el artículo 1858 del Código Civil, de ser un señorío típico que ejerce el titular hipotecario o acreedor, que confiere poder o facultad de hacerse con dinero a cargo de la cosa hipotecada, y de otra parte por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquélla subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente o sea con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 158 del Código Civil" (STS 26 de junio de 1989). Por lo tanto, la falta de inscripción de la cesión del crédito hipotecario únicamente constituye una circunstancia subsanable mediante la solicitud por la entidad cesionaria Muebles Benicasim, S.L. de la práctica de la inscripción registral de la mencionada cesión de hipoteca, presentando al efecto los documentos precisos al respecto, al amparo de lo autorizado por el art. 244 del Reglamento Hipotecario, y no priva el cesionario de utilizar los cauces procesales correspondientes para ejecutar el derecho de realización de valor en que la hipoteca consiste".

385

"Es por ello que admitida en nuestro sistema la cesión del crédito hipotecario -artículos 1112,

Navarro García, JUR 2008/141215³⁸⁶ o incluso el AAP Córdoba n.º 120/2003 de 3 de marzo de 2003, Secc. 1.ª, Sr. Fernández Carrión, JUR 2003/123107 (que no versa sobre cesión no inscrita, sino sobre la falta de inscripción de la subrogación en la deuda hipotecaria por el comprador, que considera inatendible para entorpecer la ejecución); en contra, aunque de forma poco enérgica, se habían pronunciado el AAP Islas Baleares de 26 de enero de 2005, Secc. 3.ª, Sr. Gómez Martínez, JUR 2005/63205³⁸⁷, AAP

1528 y, especialmente 1878 del Código Civil-, para que la transmisión surta efectos frente a terceros es preciso que se haga en escritura pública que se inscriba en el Registro -artículo 149 de la Ley Hipotecaria-, ahora bien la razón del otorgamiento de la escritura pública que el contrato privado de cesión previo en una de sus cláusulas no es otra que la inscripción en el Registro y el Tribunal Supremo en interpretación del art. 149 de la Ley Hipotecaria que: T.S. (Sala 1ª). Sentencia 29 junio 1989 establece la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario [...]. Ello determina que existiendo un conocimiento mediante la oportuna notificación al deudor de la cesión del crédito, y una transmisión entre cedente y cesionario, y el conocimiento de dicha cesión de los demandantes personados en el procedimiento hipotecario tomando conocimiento de la cesión, el haberse formalizado la cesión en documento privado no habiéndose elevado por el momento a escritura pública la cesión no determina la nulidad de la misma pues no se ha producido tal como señala el Juzgador indefensión alguna que permita estimar la nulidad, ni una vulneración de normas esenciales del procedimiento que determine esta, por lo que procede confirmar la sentencia por sus propios fundamentos”.

386

“El crédito hipotecario, según el art. 1878 Cc, puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley. Rige pues para la cesión del crédito hipotecario, la regla general contenida en el art. 1112 Cc, al decir que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario y su reflejo en los arts. 1526 a 1537 Cc que regulan la cesión de créditos y demás derechos incorporales. El art. 149 de la Ley Hipotecaria determina que el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. Ahora bien, esa exigencia de escritura pública debe entenderse en el sentido de que es necesaria para el acceso del negocio jurídico en cuestión al Registro de la Propiedad, de forma que como establece el art. 1526.2 Cc los efectos de la cesión frente a tercero se producirán desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Dicha inscripción registral no tiene carácter constitutivo, por lo que su falta no determina la nulidad de la cesión y además es subsanable (art. 244 Reglamento Hipotecario), por ello, el art. 149 LH señala que “el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente” e igualmente la falta de notificación de la cesión al deudor no afecta a la existencia de la cesión de crédito hipotecario siendo de aplicación en tal supuesto lo dispuesto en los arts. 1527 Cc., 151 LH., 176 y 243 RH. Como hemos señalado, la cesión del crédito hipotecario producirá efectos frente a terceros, en cuanto a la fecha de la cesión, desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad, tal y como establece el art. 1526.2 CC. Dicho precepto legal es plenamente concordante con los principios de prioridad en su aspecto de inoponibilidad de lo no inscrito del art. 32 LH y del principio de fe pública registral del art. 34 LH. De acuerdo con el primero de ellos “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero” mientras que el segundo establece que “el tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.”

387

“La cesión del crédito hipotecario se rige por la ley de circulación de los créditos, y en concreto por las normas de la cesión de créditos de los artículos 1526 y siguientes del Código Civil, pero los requisitos formales de la cesión, para que se transmita también la garantía hipotecaria, vienen determinados en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria: el otorgamiento de escritura pública, la notificación al deudor y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Estos requisitos de forma (escritura pública), notificación al deudor (que es renunciante según prevé el artículo 242 del

Vizcaya de 26 de mayo de 1992, Secc. 4.^a, Sr. Valdés-Solís Cecchini, La Ley 8516/1992 y AAP Valencia de 4 de febrero de 2013, Secc. 9.^a, Sra. Gaitón Redondo, JUR 2013/69092³⁸⁸).

La postura doctrinal contraria trata de apoyarse en el hecho de que en la hipoteca no se da el contacto posesorio con la cosa, por lo que resulta esencial a todos los efectos y en todos los estadios de la vida de una hipoteca, la publicidad registral (no sólo en la constitución). Aducen que la regla legal expresa en la constitución de la hipoteca es el alcance constitutivo de la inscripción (*cfrs.* 145 LH y 1.875 CC) –y ello con carácter excepcional porque nuestro sistema participa de una regla general de inscripción meramente declarativa para el resto de derechos reales– y que el silencio que guarda la Ley en cuanto al alcance de la inscripción de la cesión, ha de conducir a asimilarla con la del nacimiento, ello sin perjuicio de que el crédito esté sujeto a una regla de circulación diferente. Apelan, también, a la excepcionalidad del art. 150 LH (e inciso final del art. 244 RH), que consagra de forma expresa la transmisión de la hipoteca, sin

Reglamento Hipotecario) e inscripción registral afectan a la perfección de la cesión.”

388

Tras referirse, sin más exégesis, a la dicción literal del art. 149 LH en la redacción otorgada por la Ley 41/2007, esta resolución invoca (de forma oportunista) la doctrina sentada en la STS n.º 105/2007 de 7 de febrero de 2007 (Sr. Sierra Gil de la Cuesta) (RJ 2007/780) (“[...] la jurisprudencia de esta Sala ha sentado como principio general el del rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, por lo que, como señala la Sentencia de 14 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6370) –con cita de las de 1 de junio de 1995 (RJ 1995, 4589), 17 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1424) y 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 916) –, la indefensión existe cuando, cualquiera que sea la forma que se produzca, se priva a un interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos, considerándose ínsita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada, precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa” F.D. 3.º). Y digo oportunista porque en la sentencia de 2007 citada se ventilaban las consecuencias de una ejecución hipotecaria en la que se habían publicado anuncios de subasta con un valor de licitación superior al valor de tasación consignado en la escritura y, en definitiva, de una infracción de las reglas procesales de imperativo cumplimiento en este procedimiento. Circunstancia que no guarda relación alguna, como bien se entiende, con aquella otra en la que se cumplen escrupulosamente todas las reglas de la ejecución hipotecaria de un crédito hipotecario no inscrito a favor del ejecutante, sino de aquél de quien él adquirió (cualquiera que sea el negocio jurídico de transmisión). La RDGRN de 8 de julio de 2013 (BOE n.º 187, de 6 de agosto, pp. 57298 y ss.) ordena sin embargo la expedición de la certificación de dominio y cargas en una ejecución judicial promovida por Caixabank, S.A. a pesar de que la hipoteca se encontraba inscrita a favor de Caixa d’Stalvis i Pensions de Barcelona: “Ahora bien, la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. El hecho de que sea solicitada por el causahabiente del titular registral no debe impedir que se expida la certificación, sin perjuicio de que el registrador advierta de esta circunstancia en la certificación al expedirla, con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación”. Ídem la RDGRN de 2 de octubre de 2013 (BOE n.º 258, de 26 de octubre, pp. 87184 y ss.).

inscripción del negocio traslativo, pero únicamente en relación con las hipotecas constituidas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, por lo que la regla general para el resto de las hipotecas ha de ser la constancia registral de la cesión³⁸⁹. Esta tesis se apoya igualmente en el Derecho italiano (en el que, como se ha expuesto, la mayor parte de la doctrina otorga alcance constitutivo a la anotación marginal de la cesión *ex art. 2.843 CC italiano*).

La tesis de la inscripción constitutiva de la cesión adolece, en mi opinión, de las

389

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: “La cesión de los créditos hipotecarios”, *Estudios Jurídicos*, tomo I (*Derecho inmobiliario y publicidad registral*), Madrid: Colegio de Registradores de España, 2009, pp. 776 y ss.; CAMPUZANO Y HORMA, Fernando: *Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria*, Madrid: Ed. Reus, 1925, p. 743; GAYOSO ARIAS, Ramón: *Nociones de legislación hipotecaria*, I, Madrid: Cleto Vallinas, 1918, pp. 167-168 (“[...] la ley terminantemente condiciona la transmisión [de la hipoteca] por el otorgamiento e inscripción”); JORDANO FRAGA, Francisco: *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada: Ed. Comares, 1999, pp. 304-307 (“[...] lo que vale para la primera inscripción del derecho real de hipoteca, no puede dejar de valer para sus adquisiciones sucesivas”) y JORDANO FRAGA, Francisco: “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *RCDI* n.º 653, julio-agosto 1999, p. 1292: “El valor legal constitutivo de la inscripción registral [y, como requisito previo, *ex* artículos 3 y 145 LH y 1.875 CC, también de la escritura pública], a efectos de la transmisión -adquisición sucesiva- de la hipoteca, deriva -es una consecuencia lógica- de que la ley atribuye ese mismo valor a la inscripción registral [y, como se ha dicho, también a la escritura pública] a efectos del nacimiento o constitución de la hipoteca -de su primera adquisición. Lo que (legalmente) vale para la primera adquisición del derecho real de hipoteca, no puede dejar de valer (a falta de un distinto régimen legal que excepcionalmente distinguiese la ley de tráfico del derecho real a uno y otro efecto) para sus adquisiciones sucesivas. Se trata de un principio general (de congruencia) válido para el tráfico de todos los derechos reales: a falta de excepción legal, su tráfico se opera con arreglo a la misma ley de circulación para la primera y las sucesivas adquisiciones”. Para salvar la meridiana claridad del 1.526 CC, este autor apela a la disociación entre la regla de transmisión del crédito y de la hipoteca: “que este precepto haga, como ciertamente hace, de la inscripción registral del contrato de cesión del crédito hipotecario (del crédito con la garantía hipotecaria accesorio), instrumento de oponibilidad/eficacia, frente a terceros distintos del deudor cedido, de la transmisión tanto del crédito garantizado como de la hipoteca accesorio, es perfectamente compatible con que, sólo para la garantía hipotecaria accesorio, otras normas del sistema (arts. 149, 145 LH, 1.875 del Código Civil) hagan de esa misma inscripción registral de su título transmisivo/contrato de cesión, además de instrumento de publicidad/oponibilidad de dicho efecto jurídico-real (transmisivo) frente a terceros distintos del deudor cedido (...); requisito constitutivo de la transmisión, al cesionario, del derecho real de hipoteca accesorio”; RAMÓN CHORMET, Juan Carlos: “La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC” en AA. VV.: *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 453; RUBIO GARRIDO, Tomás: *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid: Ed. Montecorvo, S.A., 1994, p. 227; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, *op. cit.*, pp. 515-516, 522-523 y 525-527 (aún refiriéndose a la redacción del art. 149 LH anterior a la Ley 41/2007): “[...] la cuestión es que la eficacia erga omnes del derecho de hipoteca es esencial en ella, como derecho real que es. Y esta sólo se puede conseguir en el caso de la hipoteca a través de la inscripción registral de todos los cambios de titularidad del derecho. Sin inscripción no hay eficacia erga omnes de la hipoteca; y una hipoteca no puede concebirse como tal sin ella. [...] Dada su existencia y configuración registral, la hipoteca no se entenderá transmitida, porque su existencia tiene por base la inscripción registral y lo en ella publicado, y la existencia de la hipoteca a favor del cesionario deberá constar en el Registro, a través de la inscripción de la cesión”; VALLS GOMBAU, José Francisco: “La ejecución de la hipoteca”, *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, Curso académico 2007-2008, p. 410.

siguientes carencias:

- (a) Por un lado, no consigue explicar por qué si la inscripción de la cesión del crédito es constitutiva, el rango y la preferencia de los derechos del cesionario inscrito no depende de la fecha de inscripción de la cesión, sino de la hipoteca original (de forma que los derechos de los titulares registrales intermedios no perjudican, ni tienen preferencia sobre el cesionario).
- (b) Por otro, si el alcance constitutivo de la inscripción de la hipoteca es una excepción en nuestro Derecho, asentada en un precepto legal expreso (que ni siquiera se consignaba en la primitiva redacción del art. 146 de la Ley Hipotecaria de 1861 y que sólo se incorporó en 1909, tras la aprobación en 1889 del CC y, en particular, de la determinación del art. 1.875 CC), ¿cómo puede defenderse más fácilmente el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión –régimen excepcional– que el carácter declarativo –régimen general–?
- (c) Tampoco explica cómo en la Ley Hipotecaria originaria, pese a no consignarse el carácter constitutivo de la inscripción de la constitución (art. 149 LH: “*Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere [...] que la escritura se haya inscrito en el registro que se establece por esta ley*”) se recogían en el art. 153 los mismos requisitos respecto de la cesión que en el art. 149 LH anterior a la Ley 41/2007: escritura, inscripción y notificación al deudor. Si la inscripción de la constitución no tenía carácter constitutivo en el texto original, tampoco podría tenerlo la inscripción de la cesión. Siendo los requisitos para la cesión del crédito los mismos en el texto primitivo de la Ley Hipotecaria que en el art. 149 LH inmediatamente anterior a la modificación por la Ley 41/2007, ¿cómo defender el alcance constitutivo de la inscripción de la cesión? No hay duda que en el Derecho español vigente, la hipoteca sólo existe desde su inscripción; pero deducir de ahí que la hipoteca no existe, ni tiene cualquier virtualidad, ni alcanza sino en cuanto se deduce del registro, en el ámbito exacto del registro, es negar la posibilidad de integración extrarregistral de la hipoteca, que es regla expresa en muchos preceptos legales (como los arts. 129.2.c), 150, 153, 153 bis LH, etc.) o implícita en otros (como en el art. 144 LH).
- (d) Los mismos efectos adversos que se pueden producir respecto al derecho del cesionario no inscrito (embargo del crédito hipotecario en cabeza del cedente; constitución de subhipoteca por el cedente; cancelación de la hipoteca por el

cedente; nueva cesión, etc.), se pueden dar igualmente en relación con el adquirente de bien inmueble que no ha inscrito su derecho y, en sede de dominio, nadie cuestiona que la inscripción tiene eficacia meramente declarativa (tanto la “originaria” al tiempo de la inmatriculación de la finca, como la derivativa); esos efectos se producen respecto del cesionario del crédito hipotecario y del adquirente de inmueble que no inscribe por fuerza de la aplicación de los principios hipotecarios de legitimación registral (arts. 38, 91 y 1.3º LH), fe pública registral (art. 34 LH), etc.

- (e) Y un último argumento, algo más débil, es que el art. 176 RH permite la cancelación de la hipoteca con el documento que acredite el pago hecho por el deudor al cedente, incluso si la cesión ha sido inscrita, “*cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente*”³⁹⁰. Mal puede defenderse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario cuando la norma contempla que, incluso inscrita la cesión, el deudor pueda conseguir la cancelación de la hipoteca acreditando el pago al cedente cuando no se le haya dado conocimiento de la cesión.

Aún puede encontrarse en la doctrina una postura intermedia entre ambas, que defiende el carácter declarativo de la inscripción, al tiempo que afirma que la cesión no inscrita no produce siquiera efectos *inter partes*³⁹¹.

³⁹⁰ Dado que la Ley 41/2007 ha eliminado del art. 149 LH el requisito de la notificación al deudor, surge la duda sobre si el art. 176 RH ha quedado derogado por contradecir la ley. Pero también puede afirmarse su vigencia apelando a que el art. 149 LH se remite al art. 1.526 CC, que sí menciona la notificación al deudor. Entre los que defienden que la inscripción de la cesión tiene carácter constitutivo tras la modificación del art. 149 LH operada por la Ley 41/2007, se ha llegado a afirmar que, eliminado el requisito de la notificación al deudor, el cesionario no soporta el riesgo del pago liberatorio del deudor al cedente desde el momento que la formalidad –escritura pública inscrita– se completa, incluso aunque no se haya dado conocimiento de la cesión al deudor. En mi opinión, la remisión que el nuevo art. 149 LH hace al código civil precisamente conduce a lo contrario. El deudor hipotecario no está obligado a comprobar el registro cada vez que pretende hacer un pago a su acreedor para asegurarse de que sigue siéndolo, sino que hace un pago liberatorio cuando paga al cedente antes de haber sido informado de la cesión, y tanto si en el registro se ha hecho constar la cesión como si no.

³⁹¹ ANDERSON, Miriam: “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: Una réplica”, *La Ley*, n.º 5606, 6 de septiembre de 2002, pp. 1.651 y ss. y ANDERSON, Miriam: *La cesión de créditos hipotecarios*, Barcelona: CEDECS, 1999, pp. 165-169, porque aunque no defiende el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión, critica que se interprete mayoritariamente el art. 1.528 CC en el sentido de extraer de la regla de transmisión del crédito la de la hipoteca, cuando la accesoriadad no necesariamente impone esa consecuencia: la inscripción “*es más que declarativa, pero también, menos que esto*”, concluyendo que es “*imprescindible*” la inscripción “*ya que determina la eficacia frente a terceros de la adquisición de un derecho que necesita a los terceros para tener sentido*”.

1.2 La posición posterior a la modificación del art. 149 LH mediante la Ley 41/2007

La modificación introducida en la redacción del art. 149 LH por la Ley 41/2007 no altera, en mi opinión, la corrección de la postura sobre la eficacia declarativa de la inscripción de la cesión (lo que, es verdad, supone achacar gatopardismo al legislador).

En contra, se ha enfatizado el carácter taxativo del término “*deberá*” que ahora usa el art. 149 LH, así como que la referencia “*a las formalidades exigidas por la Ley*” a que alude el art. 1.875 CC para la cesión del crédito hipotecario debe entenderse hecha a la LH y, en particular, al primer párrafo del art. 149 LH *in fine* en su nueva redacción. Se ha afirmado, igualmente, que la modificación del art. 149 LH operada por la Ley 41/2007 elimina el requisito de la notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios (entendiendo que la notificación a que se refiere el art. 1.526 CC al que remite el art. 149 LH es aplicable a la cesión de otros derechos reales sobre inmuebles pero no a los créditos hipotecarios)³⁹².

Los argumentos por los que defiendo que la modificación de la redacción del art. 149 LH por la Ley 41/2007 no cambia la conclusión de que la inscripción de la cesión tiene eficacia declarativa son los siguientes:

³⁹² Tras la modificación operada en la redacción del art. 149 LH por la Ley 41/2007, GARCÍA GARCÍA ha alterado su criterio para defender la eficacia constitutiva de la inscripción: GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, op. cit., p. 292: “*En cuanto a la inscripción [de la cesión del crédito hipotecario], en principio parece que es constitutiva [...] pues el artículo 1.875 CC alude a “las formalidades previstas por la Ley”, que indudablemente es la Ley Hipotecaria, con esa doble exigencia para “posibilitar” la cesión del crédito hipotecario, y que respecto a la inscripción sería la inscripción constitutiva prevista en general en el artículo 1.875 CC y en el artículo 145.2 LH*”). Ídem (esto es, defendiendo que tras la Ley 41/2007, la inscripción de la cesión es constitutiva) BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, pp. 77 y 79 (“*Tras la nueva redacción dada al párrafo primero del art 149 LH por la Ley 41/2007 el planteamiento en cuanto a la validez del contrato de cesión de un crédito garantizado con hipoteca entre las partes cambia. El citado artículo, al haber disociado la transmisión del crédito de la transmisión de la hipoteca o, lo que es lo mismo, al haber distinguido entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, somete a aquélla a las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 CC, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. [...] Las consecuencias que se extraen de la anterior consideración son las siguientes: [...] 2ª. Que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, no será también titular de la hipoteca que garantiza dicho crédito, es decir, no se habrá convertido por la simple perfección del contrato de cesión en el nuevo acreedor hipotecario. Para que esto suceda es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro, tal y como establece, con carácter imperativo, el nuevo art 149.1 LH. Hasta que esto se produzca, el titular registral del derecho real de hipoteca continuará siendo el cedente*”) y 106-110 y PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, op. cit., pp. 321-322. De forma menos concluyente, SIMÓN MORENO, Héctor: “La cesión del crédito hipotecario” en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Ed. Edisofer, 2009, p. 163.

- (a) No se modifica el art. 1.526 CC, ni el art. 32 LH, ni el art. 33 LH, ni el tercer párrafo del art. 149 LH que son los que se han invocado por la jurisprudencia durante más de 110 años para defender el carácter declarativo de la inscripción. Tampoco se modifica el art. 151 LH, que sigue consignando la responsabilidad del cedente frente al cesionario derivados de la omisión de la notificación al deudor de la “*cesión del crédito hipotecario*” en los casos en los que “*deba*” hacerse. Sigue siendo precisa la notificación al deudor (que contempla el art. 1.526 CC al que se remite de forma expresa el art. 149 LH) y no sólo respecto a los créditos no hipotecarios (¿qué sentido tiene la remisión al art. 1.526 CC en el art. 149 LH si no fuera de aplicación a la cesión de créditos hipotecarios?). Sólo así se puede mantener la coherencia del art. 151 LH, que hace responsable al cedente de los perjuicios que pudiera causarse al cesionario cuando, en los casos en los que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor (si no es precisa en ningún caso la notificación al deudor respecto a los créditos hipotecarios, ¿por qué se mantiene en la LH un artículo –el 151– que regula los efectos de la omisión de la notificación al deudor “*de la cesión del crédito hipotecario*” en los casos en que “*deba*” hacerse?).
- (b) Resultaría ciertamente incongruente que en la misma Ley en la que se elimina la necesidad de tomar nota al margen en el Registro de la Propiedad para cada una de las hipotecas afectas a una emisión de bonos hipotecarios (en el contexto del objetivo de modernización de “*los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios*” que se declara en la Exposición de Motivos) y en la que se modifica el art. 4 LRMH precisamente para incluir entre las operaciones activas susceptibles de movilización a través de la emisión de títulos hipotecarios los préstamos garantizados con hipoteca de máximo (“[...] *con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo*”) (art. 12.1 Ley 41/2007)³⁹³, se efectúe una modificación legislativa que, contradiciendo una interpretación jurisprudencial y doctrinal asentadísima, haga más gravosa –en términos de formalidad– la cesión de créditos hipotecarios, que es, para las entidades de crédito, un mecanismo de refinanciación absolutamente parejo a la emisión de cédulas, bonos, participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca.

393

DÍAZ MORENO, Alberto: “Reforma del Mercado Hipotecario. Coeficientes de inversión y recursos propios”, *Derecho de los Negocios*, n.º 209, febrero de 2008, p. 49.

- (c) El carácter constitutivo de la cesión iría en contra de las recomendaciones del Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito hipotecario de la Unión Europea de 2007, en cuyas conclusiones se enfatizan las medidas encaminadas a “*eliminar las barreras económicas y legales que obstaculizan la integración [del mercado de crédito hipotecario europeo] y facilitar la oferta transfronteriza y la financiación de los créditos hipotecarios [...]*”, enfocándose en la simplificación de las exigencias formales para la transmisión y movilización (titulización) del crédito hipotecario, en particular mediante documentos privados sin constancia registral. Igualmente contrariaría las recomendaciones del Subcomité de Garantías (*Collateral Sub-committee*) del *Forum Group on Mortgage Credit* de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea de 2004 en torno a la facilitación de los mecanismos de transferencia del crédito hipotecario (Recomendación 37 y Considerando 117).
- (d) Pese a que la nueva redacción podría sugerir reglas diferentes de tráfico respecto al crédito y a la hipoteca (y de ahí la separación en dos frases), la teoría de la unicidad del crédito hipotecario, como figura que aglutina el crédito personal y el derecho real de hipoteca³⁹⁴ (tanto cuando ésta es una hipoteca ordinaria, como

394

STS n.º 1.331/2007 de 10 de diciembre de 2007 (RJ 8913/2007): “*el crédito garantizado con el derecho real de hipoteca -el llamado crédito hipotecario- tiene un tratamiento distinto al derecho de crédito general. El crédito hipotecario no es un crédito ordinario; el que esté subsumido en un derecho real de hipoteca es fundamental y hace que sea tratado jurídicamente de manera distinta*” (F.D. 2.º). Añadiendo, en su fundamento de derecho tercero, que: “*Lo expuesto coincide con la posición que mantuvo esta Sala en su sentencia de 8 de noviembre de 1960 que ahora se reitera y forma jurisprudencia, complementando el ordenamiento jurídico, tal como dispone el artículo 1.6 del Código civil . Dice así, literalmente: instituida la hipoteca en nuestro derecho, de acuerdo con su naturaleza tradicional, como un refuerzo y, conforme declara el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, para el aseguramiento de una obligación personal, ha de estimarse consecuencia natural y lógica de ello que ésta quede amparada bajo aquella institución con todo el alcance y la extensión que a la misma reconoce la Ley... la acción hipotecaria, y precisamente en razón a la accesoriedad de la hipoteca en relación con la obligación personal que garantiza, no puede imaginarse sin el "prius" que llega a constituir un elemento esencial de su concepto, del crédito asegurado y para el cual nace y adquiere la necesaria eficacia, extremo que no podía olvidar el legislador cuando al redactar el artículo 1964 del Código civil fijó en veinte años de plazo prescriptivo de la misma, y mucho menos cuando en el propio precepto establecido el de quince años para el de las acciones personales que no tuvieran plazo especial descriptivo señalado, con referencia sin duda a las obligaciones que no estuvieran aseguradas con hipoteca... no dándose dentro del derecho común, acciones personales de mayor plazo prescriptivo que las de los quince años a que alude dicho artículo 1964, no hubiera sido racional señalar un plazo mayor en cinco años a la prescripción de la acción hipotecaria si no había de comprenderse asimismo en ese plazo mayor la del crédito asegurado, pues de otro modo y por el tiempo de la diferencia habría que admitir una hipoteca vacía, o hipoteca independiente, o deuda inmobiliaria que en nuestro Derecho no tiene cabida...el crédito hipotecario, dados los términos del artículo 104 de la expresada Ley hipotecaria, constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca, que como de mayor rango que el simple crédito personal, ha de prevalecer sobre éste; por todo lo cual la prescripción del crédito asegurado ha de eliminarse*

cuando es de seguridad³⁹⁵), continúa siendo, no obstante esa modificación de redacción, la que más apoyos concita en razón de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito.

Sólo conozco una resolución judicial que enjuicie una cesión de créditos hipotecarios formalizada con posterioridad a la Ley 41/2007. Es la SAP Barcelona n.º 428/2011 de 15 de septiembre de 2011 (Secc. 11.ª) (Sr. Bachs i Estany) (AC 2011/2165). Se remite a la posición abrumadora previa, afirmando de forma expresa que la Ley 41/2007 no cambia nada:

“La doctrina común es que para constituir la hipoteca se requiere escritura e inscripción con carácter constitutivo, pero que una vez constituida, la cesión requiera sólo escritura e inscripción a efectos de publicidad registral. [...] Como tampoco tiene el alcance constitutivo que en su caso le otorga la recurrente la exigencia de forma de la ley de reforma del mercado hipotecario, art. 11.3. [de la Ley 41/2007, que es el que modifica la redacción del 149 LH]”³⁹⁶.

2. La cesión del crédito y la hipoteca flotante

2.1 Con carácter general

El art. 153 bis LH no regula los efectos de la cesión de la obligación u obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante. Al no establecerse reglas

como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que el carácter de accesoriedad de la última, pueda imponerse en tal supuesto, no operando, como queda dicho, la prescripción del crédito simple, cuando adquirió la superior condición que hipotecario” (F.D. 3.º). LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en NIETO CAROL, Ubaldo (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II (*Garantías Reales*), vol. 2 (*Garantías Inmobiliarias*), Madrid: Civitas, 1996, p. 19; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “La hipoteca”, en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coord.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo II (*Derechos Reales*), vol. 3.º, Madrid: Civitas, 2003, p. 244.

³⁹⁵ SAP Madrid de 22 de junio de 2010 (Secc. 21.ª) (Sr. Belo González) (RJ 2010/320961): “La ya citada y transcrita sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 1.331/2007 de 10 de diciembre de 2007, después de consagrar la doctrina ya reseñada [desde el momento en que una obligación personal se garantiza con una hipoteca surge la figura del crédito hipotecario cuyo plazo de prescripción es de 20 años], proclama, en el párrafo segundo de su fundamento de derecho segundo, que, esa doctrina, no sólo es aplicable a las hipotecas normales, ordinarias o corrientes sino también a las de seguridad entre las que se encuentra la de máximo (añadimos nosotros y la cambiaría). Y ello es así con independencia de lo que se diga en el artículo 1.187 del Código Civil alemán, en el 826 del Código Civil suizo y en el italiano, de las opiniones de Hedermann, Wieland, Rosell, Mentha y de algún prestigioso representante de la doctrina española”.

³⁹⁶ En el mismo sentido, ALBIÑANA CILVETI, Ignacio: “La cesión de créditos hipotecarios. Régimen jurídico, obstáculos y soluciones”, *Actualidad Jurídica UM* n.º 23, 2009, pp. 86-87.

especiales, deberíamos intentar aplicar los criterios recogidos en nuestro sistema civil y registral en torno a la cesión del crédito hipotecario. Tres son las cuestiones fundamentales que en este ámbito debemos plantearnos:

- (a) En primer lugar, si cabe la transmisión de alguno o algunos de los créditos asegurados por la flotante, parcial o totalmente.
- (b) En segundo lugar, si existen regímenes diferentes respecto de los créditos presentes y los futuros garantizados por una flotante.
- (c) Por último, si vale la cesión de la flotante al margen de los créditos (presentes y/o futuros) que garantiza.

Con carácter general, la transmisión convencional del crédito hipotecario (sea por cesión, sea por subrogación) determinará, de ordinario, el traslado de la hipoteca al cesionario (art. 1.878 CC; arts. 149-152 LH). No de forma necesaria, sin embargo, toda vez que el art. 1.528 CC no tiene carácter imperativo. Es posible, pues, excluir expresamente el traslado de la hipoteca al cesionario del crédito hipotecario. En este caso, salvo que la hipoteca siga asegurando un crédito en manos del cedente, la exclusión voluntaria de su traslado al cesionario, implicará su cancelación (por efecto de la accesoriedad de la garantía).

En el ámbito de la transmisión convencional, podemos distinguir entre la transmisión de créditos presentes y de créditos futuros, ya por inciertos en su cuantía y o en su propia existencia (incluso resultantes de una relación jurídica aún no concertada). Para los primeros, no hay duda alguna de que la accesoriedad de toda hipoteca (también de la flotante) implica la cesión, con el crédito, de la garantía hipotecaria (STS n.º 148/2003 de 25 de febrero de 2003, Sr. García Varela, RJ 2003/1052, entre otras muchas), lo que no impide, obviamente, que el cedente, antes de ceder, pueda cancelar la hipoteca. La cesión del crédito sin la hipoteca determina su cancelación, ya que no puede garantizar créditos diferentes (*ex* art. 1.857 CC). Esto mismo debería predicarse de la cesión de un crédito simplemente futuro y aún, y ésta es la tesis que defiendo en las siguientes páginas, de un crédito puramente futuro (dependiente, por tanto, de la prestación de futuros consentimientos negociales).

Con carácter general (esto es, sin referirme aún al caso de la hipoteca flotante), y por el principio de accesoriedad, no cabe la cesión del crédito garantizado a una persona y de la hipoteca a otra, ni que el cedente se reserve la hipoteca cedido el crédito o

créditos asegurados³⁹⁷. Ni siquiera sobre la base de la mayor laxitud de la aplicación de los principios de accesoriedad y de determinación en el seno de la hipoteca flotante parece posible defender el derecho del acreedor hipotecario a disponer de la garantía de forma completamente desvinculada de los créditos (presentes o futuros) llamados a quedar amparados por la hipoteca³⁹⁸.

El acreedor puede ceder el crédito asegurado por una hipoteca conforme a lo dispuesto en el art. 1.526 CC. La cesión de la titularidad de la hipoteca deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el registro de la propiedad. Así resulta de la redacción del art. 149 LH introducida por la Ley 41/2007. A pesar de la diferencia respecto a la redacción precedente (que se refería al “*crédito hipotecario*”, como unidad inseparable entre el crédito y la hipoteca, para cuya transmisión exigía la escritura pública y la constancia registral³⁹⁹), creo que no se altera la interpretación jurisprudencial unánime y doctrinal mayoritaria en torno a los efectos de la inscripción (y la falta de inscripción) de la cesión del crédito hipotecario a los que me referí. Esto es, a diferencia de la constitución de la hipoteca, en la que la solemnidad (inscripción de la escritura pública) es constitutiva, la inscripción no tiene el carácter de formalidad *ad constitutionem* para la transmisión del crédito hipotecario. Si el cedente cede el crédito asegurado por la hipoteca conforme a lo dispuesto en el art. 1.526 CC pero sin cumplir los requisitos de escritura pública e inscripción, naturalmente que el cesionario adquiere el crédito y la hipoteca (que le sigue como accesorio, salvo que se excluya expresamente, conforme al 1.528 CC), y ello aunque el cesionario soporte hasta la inscripción de la cesión el riesgo de la cancelación de la hipoteca por parte del cedente, el riesgo del embargo del crédito hipotecario en cabeza del cedente o de una ulterior cesión onerosa por el cedente a un segundo cesionario que, tras la inscripción de su derecho, goce de la protección del tercero de buena fe del art. 34 LH, o, en fin, los riesgos derivados de la inoponibilidad *erga omnes* de la cesión del crédito hipotecario no inscrita *ex art 1.526 CC in fine* o, más genéricamente, de la no inscripción de las circunstancias de la obligación hipotecaria del art. 144 LH. Y mientras no se inscriba la cesión en el registro, existirá una discordancia entre la realidad registral y la

³⁹⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, *op. cit.*, p. 261.

³⁹⁸ CHIANALE, Angelo: “Ipoteca”, *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. X, p. 161 destaca el mayor valor que presentan las garantías en el caso de que el acreedor garantizado pueda disponer de ellas, comercializarlas en el tráfico, cediéndolas de forma autónoma o celebrando sub-contratos de garantía.

³⁹⁹ STS n.º 148/2003 de 25 de febrero de 2003 (Sr. García Varela) (RJ 2003/1052).

extrarregistral que no permitiría, sin embargo, al deudor, al hipotecante no deudor o a cualquier titular registral exigir y obtener la cancelación de la hipoteca mediante la acreditación fehaciente ante el registrador de que el crédito hipotecario se ha cedido conforme a lo previsto en el art. 1.526 CC pero sin cumplir el requisito de escritura pública inscrita que el art. 149 LH exige para la transmisión de la titularidad de la hipoteca. El cesionario siempre podría suplir la falta de forma compeliendo al cedente a otorgar la escritura pública con posterioridad (*ex art. 1.279 CC*), y solicitando el auxilio jurisdiccional si se negara a ello. Y entretanto, es titular del crédito y de la hipoteca, por más que no disponga del título habilitante de la inscripción de la cesión y de que esté sujeto, hasta la inscripción, a las resultas de la aplicación de los principios hipotecarios (en particular, el de legitimación registral en sus vertientes positiva y negativa y el de publicidad registral).

En la tesis doctrinal mayoritaria, incluso con anterioridad a la inscripción de la cesión, el cesionario podría ejecutar las acciones que le competen como acreedor y, en particular, la de realización de valor o ejecución, siendo suficiente para ello la acreditación fehaciente de la condición de acreedor (en su caso, mediante título que lleve aparejada ejecución) y haber practicado el oportuno requerimiento de pago al deudor⁴⁰⁰.

Por el contrario, la cesión del crédito asegurado por la hipoteca excluyendo expresamente la cesión de la hipoteca equivale a su extinción, pues ni la adquiere el cesionario (al estar excluida), ni puede pervivir a beneficio del cedente una vez cedida la obligación (como consecuencia del principio de accesoriedad). Ni siquiera la posibilidad genérica de la recarga de la hipoteca (prevista, como se ha expuesto, únicamente respecto de los préstamos hipotecarios de entidades financieras conforme al art. 4 de la Ley 2/1994) permitiría sustentar el mantenimiento provisional de la hipoteca en sede del cesionario, pues lo que la Ley permite es la ampliación del principal del préstamo parcialmente reembolsado, pero no del totalmente reembolsado (véase el Capítulo II, en la parte referida al Derecho francés). Es decir, cuando se produce la amortización total del préstamo hipotecario o cualquier otra forma de extinción plena

⁴⁰⁰ STS de 29 de junio de 1989 (Sr. Fernández Rodríguez) (RJ 1989/4797). Vale la pena contemplar las observaciones críticas de GIL RODRÍGUEZ (GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Ejecución hipotecaria por el banco acreedor sin que hubiera inscrito previamente la cesión a su favor”, *PJ* n.º 17, 1990, pp. 145-154) e YSÀS I SOLANES (YSÀS I SOLANES, María: “Comentario a la Sentencia...”, *op. cit.*, pp. 775-788) en torno a dicha sentencia. Rechaza la legitimación activa del cesionario no inscrito para acudir a la ejecución a través del procedimiento de ejecución GARCÍA GARCÍA (GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación...*, *op. cit.*, pp. 292-293).

del préstamo, la accesoriedad de la garantía y el principio latino de avance de puesto, imponen la extinción de la hipoteca (pese a que su cancelación superficiaria podría exigir, aún, una actuación cancelatoria por parte del acreedor inscrito), sin que sea posible la recarga. Del mismo modo, si el acreedor hipotecario cede completamente el préstamo hipotecario, excluyendo la hipoteca, se produce automáticamente su extinción, sin que quepa, a posteriori, la recarga de la hipoteca⁴⁰¹ (obviamente, sin perjuicio de la posibilidad de adquisición *a non domino* que resulta de la aplicación de los principios hipotecarios).

En relación a los créditos futuros, la cesión es también posible⁴⁰², sea antes o después de la práctica de la nota marginal del art. 143 LH. En caso de cesión anterior a la nota marginal, el cesionario, incluso aunque inscriba su título al amparo del 149 LH, no gozará de la protección registral *ex art.* 34 LH en cuanto a la existencia y cuantía del crédito futuro, y estará obligado a evidenciar ambos extremos como condición para proceder ejecutivamente contra el bien⁴⁰³.

Cabe la cesión parcial de créditos presentes o futuros garantizados con hipoteca, lo que determinará una cotitularidad en los créditos parcialmente cedidos. Tanto el CC, como la LH parten de la admisión de la figura de la “*cesión total o parcial*” (arts. 1.878 CC; 149 LH) y también la LRMH al regular la participación hipotecaria (art. 15), sin que el principio de “indivisibilidad” de la hipoteca (art. 1.860 CC) lo impida, pues éste se refiere a la finca, y no al crédito. Ello determina una pluralidad de acreedores. La pluralidad de titulares en la parte activa de un crédito asegurado por hipoteca no perjudica al deudor, ni al hipotecante no deudor, ni al tercer poseedor, ni a los acreedores posteriores, ni siquiera en el caso de que pueda defenderse el derecho de cada acreedor a ejecutar parcialmente la hipoteca (subsistiendo la garantía respecto de los restantes acreedores), pues las múltiples ejecuciones no incrementan la responsabilidad hipotecaria de la finca, que es el riesgo cierto que soportan los titulares registrales posteriores y el tercer poseedor.

La cesión parcial de un crédito, sin la cesión parcial correspondiente de la hipoteca, determinará la extinción parcial de la hipoteca (y ello pese a que, por

⁴⁰¹ DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios...”, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰² PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Comentario a los artículos 1.526 a 1.536 en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (dirs.): *Comentario al Código Civil*, tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1.019 y ss.

⁴⁰³ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo X, p. 76-81.

imperativo de los arts. 122 LH ó 179 RH, no es posible la cancelación parcial superficiaria de la hipoteca en tanto no se haya extinguido totalmente la obligación asegurada), salvo que la hipoteca garantizara obligaciones de cuantía indeterminada (hipoteca de máximo) o no existiera asignación o atribución de responsabilidad hipotecaria entre los créditos (o porciones de los créditos) cedidos y los que no, que es lo que sucede prototípicamente en una hipoteca flotante.

2.2 En el caso específico de la hipoteca flotante

Veamos a continuación qué encaje tiene todo lo anterior respecto de la hipoteca flotante.

2.2.1 La cesión de un único crédito presente garantizado por la flotante (de entre varios)

Salvo que al tiempo de la cesión se haya excluido el traslado accesorio de la garantía real al cesionario, aunque se ceda únicamente un crédito presente (con exclusión de cualquier otro crédito presente o futuro amparado por la flotante), el cesionario sigue disfrutando de una hipoteca flotante, puesto que el legislador la admite en garantía de un único crédito, al menos en relación con la flotante bancaria.

En contra de esto, se ha mantenido que la cesión de los créditos llamados a quedar cubiertos (sean todos o sólo una parte de ellos) no determina, en la hipoteca de máximo, la transmisión de derecho alguno sobre la hipoteca. Ello sobre la base de la especial nota de desincorporación (entendida como desvinculación crédito-garantía) que se quiere ver en esta modalidad hipotecaria. Entiendo que el argumento se predica, fundamentalmente, de la hipoteca de máximo global (y no por ejemplo la flotante en garantía de varios créditos presentes determinados). En la hipoteca de máximo, se afirma, la garantía nace independiente del crédito; sólo cuando se determina el crédito (esto es, cuando se identifica el crédito concreto de entre los genéricamente asegurados), se produce la incorporación del crédito (o créditos) a la hipoteca y con ello, el efecto automático de la transformación de la hipoteca de máximo en hipoteca ordinaria e incluso, se dice, hasta que la determinación del crédito o créditos haya accedido al registro, la cesión de los créditos genérica o concretamente garantizados no podrá gozar de protección registral. En base a esta nota de la desincorporación, se afirma que tanto cualquiera de los créditos concretos como el conjunto de los surgidos en cualquier momento pueden ser cedidos conservando el cedente la total hipoteca de máximo (sin

que el cesionario de los créditos adquiriera, por tanto, derecho alguno sobre la hipoteca)⁴⁰⁴.

Tal y como se ha expuesto, en mi opinión, la hipoteca flotante continúa siendo una garantía accesoria, siquiera con una accesoriedad mitigada. Por eso, estos postulados basados (se diga o no) en la abstracción encuentran importantes obstáculos *de lege lata*.

El art. 153 bis LH no permite, creo, romper con el principio de accesoriedad. La hipoteca flotante es, desde su constitución y hasta su cancelación, accesoria de los créditos llamados a quedar cubiertos. Por ello, me parece forzado llegar a concluir que la cesión de los créditos concreta o genéricamente asegurados no atribuye derecho alguno al cesionario sobre la hipoteca. A mi juicio, la regla en nuestro Derecho es precisamente la contraria (*ex art. 1.528 CC*), si bien cabe previsión contractual diferente, por tratarse naturalmente de derecho dispositivo. Es decir, el cedente puede excluir la cesión de la garantía (o cualquier derecho sobre la misma) en el negocio de cesión de cualquiera de los créditos presentes o futuros llamados a quedar cubiertos por una hipoteca flotante o por una hipoteca global (como podría cancelar la hipoteca ordinaria en garantía de un único crédito que cede). Y puede hacerlo, por ejemplo, porque quiera conservar para sí la totalidad de la garantía (bien para la cobertura de los demás créditos presentes o futuros, pero determinados, a los que se extienda la hipoteca flotante, bien para la cobertura de créditos futuros de los genéricamente asegurados por la hipoteca global) y no compartirla con el cesionario. Pero si no hace previsión expresa, la cesión

404

PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 145-148 y 153-156. Esta es la regla en la hipoteca de máximo alemana (art. 1190 (4) BGB: “*El crédito puede ser cedido de conformidad con las disposiciones generales de cesión de créditos. Si se cede bajo estas disposiciones, la cesión de la hipoteca no opera*”). ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo IX, p. 382, refiriéndose en general a las hipotecas de máximo, citando las RRDGRN de 21 de marzo de 1917 –CL 134– y 5 de marzo de 1929 –CL 29–. Este mismo criterio puede verse en GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis (coord.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, 1995, p. 807 y 828-829, refiriéndose a la hipoteca de máximo en garantía de crédito abierto, sobre la base del argumento de que la hipoteca garantiza el saldo de la cuenta al día del cierre y no las disposiciones separadas que pueden haberse efectuado, presuponiendo, obviamente, el efecto novatorio de la integración en la cuenta, que es exactamente lo contrario que presupone el art. 153 bis LH: “[...] *pero en ningún caso se puede pretender el desenvolvimiento sustantivo autónomo de cada disposición efectuada ni su exigibilidad* (v. gr., *no cabe el vencimiento anticipado de la disposición en sí y no del total crédito, [...] ni el embargo o cesión de los derechos derivados de cada disposición con independencia del crédito total, ni unas garantías propias separadas del crédito, etc.*)” o “*Este carácter bilateral hace que la transmisión del crédito garantizado no pueda efectuarse conforme a las reglas generales de cesión de los préstamos hipotecarios ordinarios*”.

de alguno o todos los créditos (presentes o futuros) llamados a quedar asegurados atribuirá derecho sobre la hipoteca al cesionario (en su caso, en co-titularidad con la que pueda retener el cedente).

Para el caso de que al tiempo de la cesión se haya especificado la porción de la responsabilidad hipotecaria que garantiza cada obligación, la cesión de uno de los créditos comportará la atribución al cesionario de la porción de la hipoteca correspondiente.

Luego veremos en qué medida (o proporción) adquiere el cesionario de alguno o algunos de los créditos derecho sobre la hipoteca flotante cuando no se haya excluido el traslado de la hipoteca al cesionario y la flotante se mantenga en situación de indiferenciabilidad.

2.2.2 La cesión total o parcial de algunos (pero no todos) los créditos garantizados

Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados. En tal caso, cedente y cesionario mantendrán hipotecas flotantes respecto de sus respectivos créditos⁴⁰⁵.

Nuevamente, si al tiempo de la cesión no existe indiferenciabilidad, la cesión de varios créditos garantizados comporta el traslado al cesionario de las porciones de la hipoteca flotante correspondientes a los créditos cedidos (salvo que se haya excluido por el cedente la cesión de la hipoteca).

En caso de que se mantenga la situación de indiferenciabilidad, la cuestión sobre el alcance o extensión del derecho de hipoteca del cesionario (si no se ha excluido el traslado de la hipoteca con el crédito) se analizará más tarde.

Una variedad de la cesión del crédito hipotecario, pero que participa de su misma naturaleza económica (a saber, la función de comercialización o movilización del crédito), en la constitución de una “participación hipotecaria” o de un “certificado de transmisión de hipoteca” conforme a la LRMH y ello a pesar de que el derecho a

⁴⁰⁵ PARDO NÚÑEZ defiende que la existencia de una cuenta corriente no obstaculiza la cesión separada de los créditos, o de una clase de ellos, porque la cuenta corriente bancaria no tiene en la práctica eficacia novatoria (PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 60-62 y 149-150) (el art. 153 bis LH enfatizaría, con su redacción, un rasgo común en la práctica bancaria). Pero, sin embargo, parece exigir en todo caso que la escritura de hipoteca admita la posibilidad de coexistencia de acreedores en la hipoteca para evitar que la cesión de un crédito por el acreedor hipotecario implique su exclusión del círculo de los créditos asegurados.

dirigirse frente al deudor o el bien hipotecado se reconoce al participante o tenedor sólo en defecto de una actuación tempestiva por parte del cedente-emisor⁴⁰⁶. Ese carácter sucesivo de la acción hipotecaria, sin embargo, no mitiga o subordina los derechos del tenedor sobre el crédito hipotecario, la hipoteca o la finca, respecto de los del emisor: ambos conviven en pie de igualdad (obviamente en los porcentajes o participaciones económicas o de riesgo establecidas). Y, por lo tanto, la emisión de una participación hipotecaria o un certificado de transmisión de hipoteca respecto de alguno de los créditos asegurados por la flotante atribuye al tenedor una porción en la flotante (sin que en este caso quepa la exclusión convencional de la garantía a que se refiere el art. 1.528 CC por contravenir la causa del negocio). Nuevamente, el tenedor de la participación hipotecaria o del certificado de transmisión de hipoteca no adquiere, a consecuencia de dicha adquisición de la porción en la flotante, derecho a conceder crédito futuro amparado por la flotante (ni aún en el caso de que fuera de la misma naturaleza de los incluidos en la cláusula de globalización).

2.2.3 La imposible cesión de la hipoteca al margen de los créditos presentes o futuros garantizados

No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice, porque la flotante sigue siendo accesoria de los créditos.

Incluso los autores que abogan por una concepción ciertamente abstracta de la hipoteca de máximo (al menos hasta que se produce la determinación del crédito de entre los llamados genéricamente a quedar cubiertos y, con ello, la conversión de la hipoteca de máximo en una hipoteca ordinaria) se muestran reacios a aceptar la posibilidad de cesión de la hipoteca flotante al margen del crédito o créditos⁴⁰⁷. La sustitución de créditos (que es lo que, en opinión de dichos autores, subyace en una cesión de la garantía al margen de los créditos) provoca indefectiblemente la extinción de la hipoteca (con el consiguiente beneficio de avance de puesto para los acreedores posteriores), con lo que la hipoteca en garantía de la nueva obligación es, en realidad, una nueva garantía, con el rango hipotecario que le corresponda. Ya se quiera sustituir el crédito o créditos originales por otros del mismo deudor, pero a favor de distinto

⁴⁰⁶ RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *Elementos de Derecho hipotecario*, op. cit., p. 453: “la emisión [de la participación hipotecaria] produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa”.

⁴⁰⁷ PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, op. cit., pp. 157-161.

acreedor, como del mismo acreedor pero de distinto deudor, e incluso asumiendo que los nuevos créditos son de la naturaleza o tipo genéricamente establecidos en la cláusula de globalización, el carácter extintivo de la novación da al traste con la hipoteca. La dulzura de la cualificación del art. 1.207 CC, en cuanto a la subsistencia de las “obligaciones accesorias, en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento” [a la novación], se considera suficientemente vaga como para amparar el mantenimiento de la garantía hipotecaria (a la postre, la hipoteca de máximo, como cualquier hipoteca, no aprovecha sino que perjudica a cualquiera que no sea el acreedor hipotecario, sus acreedores o quien traiga causa de él). La pérdida de la hipoteca sólo podría evitarse (continúan diciendo) si, además de que los créditos sustitutos son del mismo tipo que los genéricamente asegurados (es decir, cumplen la cláusula de globalización), resultan menos gravosos que los primitivos (que es el límite del art. 1.207 CC). Yo aprecio algo de inconsistencia en este planteamiento: no alcanzo a ver cómo es posible compatibilizar una natural (y aproblemática) movilización del crédito al margen de la hipoteca con una resistencia a aceptar la cesión de la hipoteca al margen del crédito. Si la hipoteca de máximo se considera independiente (o casi independiente, al menos hasta el momento de la determinación del crédito de entre los genéricamente incluidos en la cláusula de globalización), la consecuencia habría de ser tanto que se puede ceder el crédito al margen de la hipoteca (que sí aceptan) como que se puede ceder la hipoteca al margen del crédito (que rechazan o condicionan). Como yo mantengo que la hipoteca flotante sigue siendo accesoria (tanto antes como después de la concreción del crédito o créditos de entre los genéricamente asegurados en la cláusula de globalización), me veo forzosamente abocado a negar la virtualidad de la cesión de la hipoteca al margen de los créditos presentes o futuros garantizados (o, al menos, de la cesión de una parte de ellos). Al mismo tiempo, dado que rige en nuestro ordenamiento un sistema latino de avance de puesto, y no se contempla legalmente (al contrario que en el Derecho alemán o portugués) la cesión de la garantía para la seguridad de otro crédito (otra cosa es la subrogación, que se analiza posteriormente), no veo manera de desvincular de forma absoluta la cesión de la garantía de la cesión de los créditos cubiertos (sean presentes, sean futuros)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸

Con el argumento fundamental de que los créditos asegurados por una hipoteca flotante no son en sí “créditos hipotecarios” hasta el momento de la ejecución (ni siquiera lo es, se afirma, el llamado “crédito de arranque de la flotabilidad” a pesar de que puede estar perfectamente amparado por la publicidad registral desde el mismo momento de inscripción de la hipoteca) se llega a las mismas conclusiones que aquí se combaten, de desvinculación de la titularidad de la hipoteca de la

La cesión autónoma de la hipoteca global, para que pueda cubrir el nuevo crédito otorgado por el cesionario al deudor tras la cesión, ha sido admitida por algunos autores⁴⁰⁹. Se apuntaba que no constituiría una situación de “hipoteca de propietario” puesto que (a) el nuevo crédito quedaría cubierto por la garantía conforme a las determinaciones de la escritura de constitución de la hipoteca (esto es, por el plazo pendiente, si satisfacían la cláusula de globalización pactada, etc.) sin ser preciso por tanto un nuevo acuerdo sobre la garantía; y (b) la disposición correspondería al acreedor hipotecario, como titular de la hipoteca, y no al deudor. Sobre la aceptación del carácter accesorio de la hipoteca flotante, me resulta objetable la tesis, si bien, como se verá en el apartado siguiente, se llega al mismo resultado práctico admitiendo la posibilidad de cesión total de los créditos puramente futuros englobados en la cláusula de globalización o de la “relación jurídica global” en el seno de la cual se pueda haber constituido una hipoteca global.

2.2.4 La cesión total o parcial de los créditos futuros llamados a quedar garantizados

Puede admitirse la cesión (total o parcial) de los créditos futuros garantizados por la flotante derivados de negocios jurídicos aún por concluir (es simplemente una modalidad de cesión de créditos futuros, inciertos en su existencia y no sólo en su cuantía) y tanto en la modalidad de hipoteca global (esto es, cuando la hipoteca cubre créditos genéricamente identificados en la cláusula de globalización), como en una hipoteca flotante (que sólo garantiza los créditos, presentes o futuros, específicamente identificados en la escritura de hipoteca).

Se ha afirmado que este mismo resultado se produce en la cesión total o parcial de la “relación jurídica global” que genera el conjunto de adeudos u obligaciones llamadas

titularidad de los créditos llamados a quedar cubiertos y de establecimiento de una regla de circulación del derecho real ajeno a la regla de circulación de los créditos de la cesta: “[...] *en la hipoteca flotante no existe crédito hipotecario en sentido estricto* [...] Aunque parezca que [...] *el crédito que sirvió de arranque a la hipoteca sí es un crédito hipotecario, lo cierto es que no lo es tampoco, como se comprende fácilmente si nos representamos que el acreedor hipotecario ceda ordinariamente [...] pero se quede con la garantía para conservar su rango con (nuevos o viejos) créditos distintos* [...] Es claro entonces que cuando el acreedor del art. 153 bis cede su crédito, de arranque o puro flotante, no se aplicará el art. 149 LH [...] ni el art. 1.528 CC. La garantía no se cede ni en todo ni en parte [...]. Para que la cesión de la garantía tenga lugar tendrá que pactarse expresamente la cesión de la hipoteca (como hipoteca global) al nuevo acreedor, o cederle parcialmente el derecho de hipoteca (también como hipoteca global), y con un máximo de responsabilidad del originario” (CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, pp. 2-3 y 5-6). Ídem, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, pp. 252-255.

⁴⁰⁹ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, *op. cit.*, p. 151-157; CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 330.

a quedar cubiertas por la hipoteca (lo que equivale a la cesión de todos los créditos indeterminados futuros genéricamente cubiertos). Naturalmente, para el caso de que exista esa “*relación jurídica global*” en el seno de la cual, se ha constituido una hipoteca global, habrán de respetarse por el cedente las reglas que, en su caso, se hayan establecido en cuanto a la cesión de la relación en su conjunto o respecto de los créditos presentes o futuros que conforme a la misma puedan surgir o haber surgido al tiempo de la cesión (por ejemplo, reglas que impidan una excesiva fragmentación de la relación o de los créditos que dificulte la interlocución o la gestión posterior por parte del deudor; reglas relativas a ciertas características subjetivas de los cesionarios, etc.).

Se requerirá para este negocio el consentimiento del deudor cuando dichos créditos futuros incluyan elementos personales del acreedor (*intuitu personae*) que han trascendido a la constitución de la flotante (piénsese, por ejemplo, en la obligación estatutaria o contractual del deudor de que sus acreedores bancarios tengan una determinada calificación crediticia mínima; o que se encuentren domiciliados en países con los que el país de residencia del deudor tenga convenios para evitar la doble imposición internacional a los efectos de asegurar la deducibilidad fiscal de los intereses pagados por el deudor, etc.) o cuando la configuración de tales créditos futuros no sea posible sin integrar correlativamente obligaciones a cargo del acreedor.

Se podría argumentar que, con esta construcción, se participa de la idea de la cesión autónoma de la garantía real. Sin embargo, la cesión total de los créditos puramente futuros asegurados por la flotante, o de la relación jurídica global, no supone transmisión de la flotante al margen de las obligaciones por ella aseguradas, una hipoteca de propietario o una deuda territorial, puesto que los créditos futuros tendrán que seguir siendo de la naturaleza de los contemplados en la escritura de constitución, si bien ahora derivados de un negocio entre el cesionario y el deudor⁴¹⁰. La hipoteca continuará garantizando créditos de la naturaleza contemplada en la escritura de constitución, hasta el máximo de responsabilidad igualmente fijado en la escritura de constitución, por el mismo plazo establecido en la escritura, etc. La única diferencia es la condición subjetiva del acreedor (que ha variado) sin que pueda advertirse por qué eso podría perjudicar al deudor, al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o a los titulares registrales posteriores, y de ahí que no se precise su consentimiento para la

⁴¹⁰ Así lo consideré en AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *op. cit.*, 1.213. En el mismo sentido, CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 327.

cesión (otra cosa es que se pueda precisar consentimiento para el surgimiento de los créditos puramente futuros que se hayan cedido al cesionario).

En el caso de que el crédito puramente futuro fuera determinado (por ejemplo, hipoteca flotante en garantía de “*las obligaciones a cargo del deudor dimanantes del crédito de hasta [] años de plazo, por importe de hasta [] euros de principal, con amortización lineal o francesa, destinado a la finalidad de [] que pueda concertarse a favor del deudor dentro de los [] meses siguientes a este otorgamiento*”), la cesión de la hipoteca flotante con la cesión del crédito se antoja menos problemática, porque se asemeja más a una figura típica en nuestro derecho como la de posposición de rango (art. 241 RH). Pero, si bien se mira, no existe gran diferencia, en lo que a los derechos de los afectados se refiere, si el crédito puramente futuro que se cede es concreto, o si es genérico; en ambos casos, las dificultades vienen dadas por el carácter puramente futuro del crédito (y, por tanto, por su contingencia) y por los consentimientos que, en su caso, precisa prestar el deudor (en su condición de acreedor del *aleas*) para que la cesión del crédito al cesionario despliegue plenos efectos.

Naturalmente, para el caso de que el acreedor originario se haya obligado frente al deudor a extender crédito futuro, la cesión de los créditos futuros y de la hipoteca a tercero no podrá ser invocada por el acreedor originario para denegar la extensión del nuevo crédito prometido incluso aunque, a consecuencia de la cesión, ese crédito nazca sin garantía hipotecaria (por lo que, en ese caso, será recomendable que el cedente se asegure del consentimiento del deudor a la cesión de los créditos futuros al cesionario, y la asunción liberatoria por parte de éste del compromiso de extensión del crédito futuro).

De la misma forma, el deudor que no haya consentido la cesión podrá negarse a tomar nuevo crédito del cesionario que aspire a quedar cubierto con la hipoteca o a que un determinado crédito con el cesionario quede cubierto por la hipoteca en los casos en que, ostentando recíprocamente la condición de acreedor y de deudor en la operación de la que resulta el crédito en cuestión, pueda invocar el art. 1.205 CC.

El deudor está expuesto a que el cesionario quiera cubrir por la garantía créditos ya nacidos al tiempo de la cesión, entre él y el deudor. Dado que cuantos más créditos queden asegurados por la hipoteca, menor será el margen aún no “consumido” del máximo y, por tanto, menor también la disposición del acreedor a conceder crédito futuro, el deudor que no haya consentido la cesión debería poder oponerse, con amparo

en el art. 1.198 CC, a que el cesionario extienda la cobertura hipotecaria a créditos ya vencidos entre él y el deudor al tiempo de la cesión por importe superior a los existentes de esta naturaleza entre cedente y deudor al tiempo de la cesión.

PARDO NÚÑEZ se pronuncia en contra de esta tesis con el argumento de que no es posible la cesión de una hipoteca de máximo hasta que se “*determinen*” todos los créditos garantizados y ello porque nada permite asegurar que los cedidos sean precisamente los que acabarán siendo garantizados⁴¹¹. Y añade que hasta que se produzca la determinación del crédito que da lugar a la transformación de la hipoteca de máximo en hipoteca ordinaria y su inscripción en el registro, no ha lugar a la constancia registral de la cesión del crédito, ni podría la cesión quedar protegida registralmente. El argumento me parece débil, porque es perfectamente posible asegurar, en cualquier momento, que los créditos llamados a quedar garantizados por la hipoteca se limiten a aquellos identificados al tiempo de la cesión, y ello tanto en una hipoteca flotante como en una global. Basta para ello, en el peor de los casos, con la declaración expresa del cedente que, como dueño de la hipoteca, bien puede cancelar (o reducir) el alcance o extensión de una hipoteca (global) originariamente destinada a cubrir todos los créditos que, en un determinado periodo de tiempo, y de una determinada clase surgieran en contra del deudor, con su mero consentimiento. Es verdad que la cesión de todos los créditos (presentes o futuros) llamados a quedar cubiertos y la exclusión de la cobertura respecto de los demás que pudieran surgir a favor del acreedor en el futuro no determina, necesariamente, que los créditos cedidos vayan a ser, precisamente, los que queden pendientes y el acreedor hipotecario aspire a integrar en la ejecución. Pero eso es un efecto ordinario en cualquier hipoteca, no sólo en las de máximo: la hipoteca sólo se podrá ejecutar cuando resulte impagada o incumplida la obligación u obligaciones para cuya seguridad se constituyó; la parte del crédito amortizada, extinguida o “*no nacida*” (por ejemplo, en la hipoteca de obligación futura o condicional) no puede desencadenar la ejecución, pero ello no convierte en inválida la hipoteca constituida⁴¹².

2.2.5 La cesión de los créditos sin la hipoteca

En caso de cesión parcial de algunos de los créditos asegurados, sin traslado

⁴¹¹ PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, p. 145. Y ello pese a que, un tanto más adelante, parece permitir que el acreedor ceda la hipoteca global mediante la cesión de los créditos nacidos y los créditos “*por nacer que en su día puedan “reclamar” ser asegurados con la hipoteca*” (lo que concuerda perfectamente con la tesis que aquí se mantiene).

⁴¹² En este sentido, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “*La hipoteca de seguridad*”, en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 714-720.

simultáneo de la hipoteca al cesionario, no se produce la extinción parcial de la flotante en sede del cedente, dada la “indiferenciabilidad” de la responsabilidad hipotecaria propia de ésta.

Por el contrario, cuando al tiempo de la cesión se haya puesto fin a la situación de indiferenciabilidad asignando porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones, la cesión de una o varias de las obligaciones, con exclusión del traslado de la porción de la hipoteca que le corresponde, determina la extinción parcial de la flotante, a consecuencia de la accesoriedad de la hipoteca (estando el propietario legitimado para demandar la correspondiente cancelación parcial al acreedor, si no se aviene voluntariamente a ello conforme a lo previsto en el art. 82 LH).

2.2.6 La facultad del cedente para distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas para facilitar la cesión

Parece claro que cada uno de los créditos asegurados por una hipoteca flotante es, en sí mismo, un crédito hipotecario⁴¹³ y ello aunque el registro puede no dar cuenta de él. Afirmando que es un crédito hipotecario, aunque del registro no resulte en absoluto su

⁴¹³ A favor, CABALLERO GEA, José Alfredo: *Hipotecas; contratos bancarios; Intereses; Ejecución hipotecaria judicial; síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid: Dykinson, S.L., 2012, p. 47. En contra, CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, pp. 2-3 y 5-6, negando en estas últimas páginas la posibilidad de movilización de los créditos a través de la titulización (pese a que en la misma ley que introduce en nuestro Derecho la hipoteca flotante, se altera el art. 4 LRMH –art. 12.1 Ley 41/2007– precisamente para permitir la titulización de préstamos garantizados mediante hipoteca de máximo, lo que hasta ese momento sólo podía hacerse si la hipoteca era ordinaria); MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (coord.): *La reintegración en el concurso de acreedores*, Navarra: Aranzadi, 2009, p. 137; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp. 1.253-1.254) o SIMÓN MORENO, Héctor: “La cesión del crédito hipotecario”, *op. cit.*, p. 182. Tampoco parece reconocer este carácter PARDO NÚÑEZ (PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 59-62, 129, 138 y 147) al analizar la posibilidad de cubrir, mediante hipoteca, no sólo los créditos del acreedor original que se comprometió a poner a disposición crédito a favor del deudor mediante la aceptación, endoso o descuento de letras u otros efectos de comercio, sino también de los endosatarios, cesionarios o tenedores posteriores: “Por lo demás la cesión de algunos de los créditos asegurados a tercero no implica necesariamente que éste adquiera forzosamente la hipoteca. Sólo en el caso de que se cediesen todos los créditos (con posibilidad de resultar asegurados con la hipoteca) a una sola persona, podría ésta confiar en convertirse en titular definitivo y único de la hipoteca. En otro caso, por cada crédito transferido, que pertenezca al género de los garantizados sólo adquiere una expectativa a la hipoteca (en conjunto tantas como créditos genéricamente asegurados) pero, mientras otros sigan en poder de terceras personas, no tiene confirmada la exclusividad de la hipoteca: habrá de disputar la garantía a sus contrincantes. Es esta, sin duda, una grave dificultad pero no la única: mientras no se identifiquen cuales [sic] en concreto son los créditos beneficiarios, no hay créditos propiamente hipotecarios, esto es créditos inscritos: su cesión es extrahipotecaria y no goza de la protección de los principios del sistema”.

existencia o cuantía, simple y llanamente porque es un crédito para cuyo pago se pueden llegar a ejercer el derecho por antonomasia en que una hipoteca consiste, que es el de realización de valor. Las partes pueden dejar plena constancia registral del nacimiento e incluso de la cuantía de cualquiera de los créditos simple o puramente futuros al tiempo de la escritura de constitución a través del mecanismo del art. 238 RH (o puede hacerlo el acreedor incluso sin la colaboración del deudor si está en posesión del “*documento auténtico que así lo acredite*”). Y tras esa constancia registral, ese crédito gozaría de todos los atributos del crédito asegurado por una hipoteca de tráfico u ordinaria. Digo que es, sin embargo, un crédito hipotecario especial, no por el hecho de que el registro no dé cuenta de su existencia y/o cuantía (eso también ocurre en la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional y no por ello se duda de que esas obligaciones son “*hipotecarias*”), sino porque no tiene atribuido una parte o importe de la responsabilidad hipotecaria total que asegura éste y los demás créditos garantizados por la flotante (la hipoteca flota sobre todos ellos). En ausencia de asignación o atribución de responsabilidad hipotecaria, el acreedor de cada uno de esos créditos hipotecarios podría ejecutar el bien ante el impago o vencimiento de su crédito, hasta el máximo de la responsabilidad global.

La accesoriedad de la garantía, no lleva en este caso, a la atribución automática de una porción de la responsabilidad al crédito, porción del crédito o créditos cedidos, siendo preciso que el acreedor cedente la distribuya expresamente al tiempo de la cesión. Dado que la totalidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante respalda la cualquiera de las obligaciones garantizadas, por entero, y tiene el acreedor flotante (salvo que otra cosa se disponga en la escritura) derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones, de las amparadas objetivamente por la hipoteca, quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse el derecho del acreedor de establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Eso no incrementa la afección del bien, ni sujeta los derechos de los titulares registrales posteriores a compresión o restricción adicional a la que soportaban antes de la cesión (la multiplicación de acreedores en la parte activa de la relación asegurada no incrementa el riesgo de incumplimiento del deudor, ni amplía la afección real del bien). El acreedor precisaría, claro, de autorización de los titulares de

cualquier derecho sobre su crédito (acreedor subhipotecario, titular de embargo anotado, etc.).

Esta determinación previa resulta indispensable para el caso de que se ceda alguno o algunos de los créditos existentes, pero se reserve el cedente la posibilidad de extensión del crédito futuro o, al contrario, cuando el cedente se reserve todos o algunos de los créditos existentes, pero ceda al cesionario los créditos simple o puramente futuros cubiertos por la hipoteca (esto es, cuando se trate de una hipoteca global que permita la cobertura de créditos indeterminados, genéricamente considerados en la cláusula de globalización). Y ello porque, de no hacerlo, el derecho de uno de los acreedores a conceder más crédito devalúa la garantía del otro. En caso de que, no obstante la absoluta conveniencia, no se haya hecho ese reparto, creo que se debe defender que cedente y cesionario ostentarán una porción en la hipoteca proporcional al monto de los créditos existentes (esto es, sólo los presentes y los simplemente futuros) de que cada uno es titular en el total de créditos existentes. No es posible utilizar para la determinación del reparto de la hipoteca los créditos puramente futuros (quienquiera que sea el acreedor que se reserve la facultad de concederlos, o aunque sean ambos), dado su carácter contingente.

Si nos encontramos ante una hipoteca flotante que cubre créditos determinados (presentes o futuros), la cesión de alguno o algunos, sin previa determinación de la responsabilidad hipotecaria que asegurará a partir de entonces los que quedan en poder del cedente y los que pasan a la titularidad del hipotecante, determinará que cedente y cesionario adquieran una cotitularidad en la hipoteca (y en el máximo de responsabilidad hipotecaria) proporcional al monto de los créditos presentes o futuros que les correspondan a cada uno. Y no es posible sobreentender en la falta de desglose o troceamiento de la hipoteca previa a la cesión la voluntad del cedente de que el cesionario no disfrute de hipoteca porque la regla de nuestro Derecho, salvo disposición en contrario, es la opuesta (art. 1.528 CC). Lo normal será, naturalmente, que el cedente especifique antes de la cesión qué porción de la hipoteca (y de la responsabilidad hipotecaria) asegurará a partir de entonces los créditos presentes o futuros que se cedan al cesionario, y los que permanezcan bajo su titularidad, porque la certidumbre sobre el particular favorece la maximización del precio de la cesión.

Por otra parte, incluso en el caso de que nos encontremos ante una hipoteca flotante (que asegura, por tanto, créditos presentes o futuros, pero determinados), el

acreedor hipotecario es libre de trocear o repartir la responsabilidad hipotecaria previa a la cesión en base a un criterio de mera proporcionalidad cuantitativa o a cualquier otro (puede, por ejemplo, establecer una cobertura hipotecaria, en términos de *loan-to-value* respecto de los créditos que pretende ceder más ventajosa que la que corresponda a los créditos que se quede, para así maximizar el precio de la cesión, o al contrario) (me refiero a este tipo de arreglos en el Capítulo VIII).

Algunos autores señalan que, en ausencia de pacto, debe presumirse que la cesión de todo o parte de alguno o algunos de los créditos garantizados con la flotante no determina, cesión o traslado alguno de la hipoteca. No es preciso hacer advertencia o salvedad en el documento de cesión del crédito de que no supone traslado alguno de la hipoteca porque “*va de suyo*”⁴¹⁴. Por esta razón, la cesión de alguno de los créditos garantizados con la hipoteca no es susceptible de inscripción. No puedo compartir esta opinión. La regla general del art. 1.528 CC conduce exactamente a lo contrario (a salvo de la voluntad de las partes, obviamente). La transmisión parcial de créditos hipotecarios entraña una enorme problemática jurídica, mayor cuando la garantía adopta la forma de flotante y superlativa en caso de que sea una hipoteca global. Las relaciones entre los acreedores (cedente y cesionario) y su preferencia respecto de otros acreedores hipotecarios o de terceros es siempre tremendamente polémica. Respecto a lo primero (las relaciones entre los acreedores originario y derivativo), la regla general en el derecho comparado es la de la preferencia del acreedor cedente respecto del cesionario (al menos cuando la transmisión de la garantía no deriva de negocio voluntario, sino que se impone por la ley, como en los casos de subrogación), y ello aunque el rango de la hipoteca de que gozan uno y otro sea el mismo⁴¹⁵. En Derecho español, tenemos la regla

⁴¹⁴ PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, *op. cit.*, pp. 139-141. Es la consecuencia de la nota de la *desincorporación* que este autor atribuye a la hipoteca de máximo: el crédito no se incorpora a la hipoteca desde el inicio.

⁴¹⁵ WOLFF, Martin en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, *op. cit.*, pp. 241 y 328 (“Una vez dividido el crédito, las hipotecas parciales se conservan en la deuda con el mismo rango. Pero el acreedor, cuya hipoteca se transmite parcialmente a otro en virtud de la ley, es preferente en cuanto a la parte que le queda de hipoteca sobre el titular de la parte transmitida”, interpretando la regla general de los arts. 1176 y 1182 BGB). Esta misma regla se acoge en Derecho francés en caso de recarga de una hipoteca recargable a favor de acreedor distinto del inicial, supuesto este que no es propiamente de cesión ni de subrogación en el crédito hipotecario, sino de subrogación *ex lege* en la hipoteca (art. 2.422 del Código Civil francés e *Instruction* 10-D-2006, n.º 197, de 1 de diciembre de 2006 francesa: “*L’hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l’acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. [...] La convention de rechargement qu’il passe [...] est publiée [...] à pain d’inopposabilité aux tiers. Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l’hypothèque rechargeable*”). En derecho portugués se exige que la hipoteca se ceda en su totalidad y al mismo acreedor (art. 727º.2 del Código Civil) por lo

del art. 1.213 CC, sólo aplicable a la subrogación por pago parcial, no a la cesión parcial (en nuestro Derecho actual)⁴¹⁶, y de ahí que, en este punto, defienda la plena libertad del acreedor hipotecario para repartir, si lo considera oportuno (y lo será, en la mayoría de los casos, en especial cuando se trate de una hipoteca global y cesionario y cedente mantengan actitudes o compromisos diversos respecto de la generación del crédito futuro o no se mantengan en una comunidad de riesgo respecto del mismo), la hipoteca entre los créditos presentes o futuros asegurados.

En este mismo sentido y en relación a la hipoteca global, CORDERO LOBATO⁴¹⁷ había exigido con anterioridad a la Ley 41/2007 la determinación, en el negocio de transmisión, de la porción de la responsabilidad hipotecaria global de que podrá servirse cada acreedor tras la cesión. Consideraba que era consecuencia obligada de lo dispuesto en los arts. 1.529 y 1.258 CC. Aunque como he explicado, esa determinación previa no es siquiera necesaria en la hipoteca flotante, no hay duda de que es extremadamente conveniente a los efectos de la certidumbre y la evitación de conflictos (por ejemplo, en relación a la ejecución separada por cada uno de ellos, a la que me referiré en el Capítulo IX). Tras la Ley aprobación de la 41/2007, esta autora entiende que es posible la cesión de créditos integrados en la cobertura pero, como en su opinión dichos créditos no son hipotecarios, la cesión del crédito no comporta la de la hipoteca global. Para que se traslade parte de la hipoteca global al cesionario, es preciso pactar expresamente la cesión parcial de la garantía, detrayendo una porción del máximo de responsabilidad pero como esta operación comporta una división de la garantía real, habrá de ser

que no caben situaciones de dualidad de acreedores (cedente-cesionario) ni, en consecuencia, debe entrarse a establecer las reglas de preferencia entre ellos.

⁴¹⁶ Sí en cambio en el derecho histórico, en el que el aforismo *non videtur cessisse contra se* era mero corolario del *nemo subrogat contra se*. Alguna voz se ha alzado, sin embargo, defendiendo la aplicación del *nemo subrogat contra se* también en la subrogación convencional del segundo párrafo del art. 1.209 CC, figura bien próxima de la cesión de créditos (SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “Comentario al artículo 1.209 del Código Civil” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1º (*Artículos 1.156 al 1.213 del Código Civil*), Madrid: Edersa, 1991, pp. 774-779).

⁴¹⁷ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003 (1.ª ed.), p. 598. CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, op. cit., p. 148. En parecido sentido, PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras...”, op. cit., p. 128: “En principio, en las hipotecas de máximo, la cesión o subrogación de un tercero en uno o una parte del crédito o de los créditos genéricamente asegurados con la hipoteca no arrastra la hipoteca que los garantiza”. Y SIMÓN MORENO, Héctor: “La cesión del crédito hipotecario”, op. cit., pp. 182-183 y 188: “Sin embargo, el artículo 122 LH establece claramente que la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados”. Ello impide al cedente dividir la hipoteca entre los créditos objeto de cesión y los que mantiene bajo su titularidad. Si admitiésemos esta posibilidad sería aceptar la reducibilidad de la hipoteca, lo que no es posible en el derecho español”.

consentida por el propietario y los titulares registrales posteriores⁴¹⁸. Al margen de que no comparta la opinión de que los créditos garantizados no sean hipotecarios (como lo son los de una hipoteca de seguridad pura constituida conforme al art. 142 LH, por ejemplo, aunque los principios de publicidad registral y la legitimación no se apliquen ni respecto de aquéllos ni respecto de éstos), esta última parte de la reflexión me resulta especialmente objetable, porque sujeta a consentimiento de los titulares registrales posteriores un acto que no supone agrandamiento de la afección en que la hipoteca consiste: aunque los créditos ahora asegurados habrán de surgir entre el cesionario y el deudor (como en caso de cesión de una hipoteca de tráfico, el cesionario se convierte en acreedor del deudor y no por ello se agrava la responsabilidad del deudor), tendrán que respetar, para integrarse en la cobertura, la descripción establecida en la escritura de constitución, habrán de surgir en el plazo que aún quede pendiente hasta el término pactado en la escritura de constitución, y quedarán garantizados hasta el límite máximo que se haya detraído de la responsabilidad hipotecaria fijada en la escritura de constitución, límite éste que sumado al que quede a favor de la hipoteca del cedente, habrá de coincidir exactamente con la cantidad establecida en la escritura de constitución. Tampoco cabe apelar al principio de “*indivisibilidad*” de la hipoteca para justificar la necesidad de los consentimientos del propietario o de los titulares registrales posteriores porque la indivisibilidad, como excepción a la regla general del art 80.2.º LH, se establece a beneficio del acreedor, y no en su contra: “*La regla de la indivisibilidad de la hipoteca [...] [n]o se trata de un principio estructural o institucional, pues tiene como paliativo la distribución que en ocasiones se establece y en otras se permite por la normativa legal a fin de equilibrar o coordinar los intereses contrapuestos, dado que en tanto la indivisibilidad beneficia al acreedor, la determinación beneficia al deudor (hipotecante)*” (STS n.º 791/2010 de 13 de diciembre de 2010, Sr. Corbal Fernández, RJ 2011/140, F.D. 5.º). La asignación de una porción de la responsabilidad hipotecaria a un grupo o grupo de créditos tiene el único efecto de la limitación, respecto de cada crédito, de la afección real, lo que no es sino beneficioso para el propietario y cualquier titular registral posterior. Al igual que la reducción parcial de la hipoteca, en forma de reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, sólo precisa el consentimiento del acreedor, tampoco requiere consentimiento más que del acreedor la distribución de la responsabilidad hipotecaria de una hipoteca flotante o

418

CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, pp. 930-931 y 979 y ss.

global entre los créditos presentes o futuros garantizados (que no es sino una reducción parcial de la hipoteca respecto de cada uno de los créditos). Por otra parte, esta asignación o distribución de la responsabilidad hipotecaria no comporta división alguna de la finca hipotecada, por lo que no cabe invocar el art. 124 LH para justificar la necesidad de consentimiento del propietario (“*sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor*”), ni de cada uno de los crédito garantizados⁴¹⁹. Y por eso ni siquiera la fijación de un importe de responsabilidad inferior respecto de cualquiera de los créditos inferior a su nominal comporta fraccionamiento o división del crédito, o ataca el principio de determinación⁴²⁰.

Se ha llegado a afirmar que, por paradójico que pueda resultar, la hipoteca flotante del art. 153 bis LH es menos interesante para los bancos que las figuras hipotecarias existentes (en particular, la del art. 153 LH) en los casos en los que el acreedor tiene claro interés en la “*circulación*” del crédito⁴²¹ habida cuenta de las incertidumbres que provoca la imposibilidad de aplicar en sentido estricto los arts. 1.528 CC ó 149 LH. Como es natural, el reproche no puede aceptarse respecto de las hipotecas de máximo del art. 153 bis LH en las que, bien en el momento constitutivo, bien en un momento posterior, se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre todas las obligaciones (presentes o futuras) garantizadas, es decir, en aquellas en las que ya no existe flotabilidad. Y yendo un poco más allá, tampoco parece aplicable la tacha respecto de la hipoteca flotante o global que mantenga el rasgo natural de la indiferenciabilidad, porque es la misma ley que introduce en nuestro Derecho la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH, la que suaviza las exigencias formales para la circulación del crédito

⁴¹⁹ “Con carácter previo procede señalar que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca, cuya configuración se efectúa correctamente en la sentencia recurrida y resulta ocioso reproducir, supone que la misma “persiste entera e idéntica aunque el crédito, o la finca, se dividan” -“est tota in toto et tota in qualibet parte”-.” (STS n.º 791/2010 de 13 de diciembre de 2010, Sr. Corbal Fernández, RJ 2011/140, F.D. 5.º)

⁴²⁰ “El carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes [...] [l]a única significación del carácter parcial de la garantía [...] se produce exclusivamente en el propio juego de ésta [...] En cuanto al incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínimo que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado; pero ello que es un efecto inherente a la propia indivisibilidad de la hipoteca (artículos 1860 del Código civil y 122 de la Ley Hipotecaria) en conexión con la unidad de la obligación, no produce indeterminación alguna en el derecho real constituido, pues el crédito garantizado quedó perfectamente determinado en todos sus aspectos definidores [...] dándose completa satisfacción a las exigencias del principio de especialidad [...]. Además, el propio artículo 163 (sic) de la Ley Hipotecaria prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada y esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo” (RRDGRN de 2 y 3 de enero de 1996, RJ 1996/584 y RJ 1996/585, respectivamente) .

⁴²¹ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 3.

hipotecario (eliminando la necesidad de tomar nota al margen en el Registro de la Propiedad para cada una de las hipotecas afectas a una emisión de bonos hipotecarios) y la que modifica el art. 4 LRMH para incluir entre las operaciones activas susceptibles de titulización los préstamos garantizados con la nueva hipoteca de máximo (art. 12.1 Ley 41/2007) (como se expone más detalladamente en el Capítulo XIII). Resultaría incongruente que el legislador de la Ley 41/2007 haya deliberadamente perseguido facilitar la movilización de préstamos garantizados con la hipoteca del art. 153 bis LH a través de la emisión de títulos hipotecarios y que, sin embargo, hubiera diseñado la nueva modalidad hipotecaria con perfiles tales que no permitan, o dificulten, una movilización de esos mismos préstamos a través de un negocio de cesión ordinaria. La congruencia del legislador se salva si se reconoce al acreedor hipotecario el derecho a distribuir unilateralmente la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas y así permitir una circulación de los créditos garantizados tan eficiente (y segura) como la que puede operar a través de la titulización, o como la que se predica de los créditos asegurados con una hipoteca de tráfico.

Como se ha expuesto anteriormente, si el acreedor hipotecario dispone de la facultad de distribuir la responsabilidad hipotecaria en cualquier momento, de forma unilateral, ni siquiera en el caso de que el acreedor tenga un interés cierto en la circulación del crédito va a preferir la hipoteca del art. 153 LH a la del art. 153 bis LH. Preferirá la flexibilidad del art. 153 bis LH para, entre otras cosas, beneficiarse de la flotabilidad antes de que cumpla su plan de transmisión de alguno o algunos de los créditos integrados en la cobertura. Y sólo cuando vaya a disponer de alguno de ellos, y como exigencia obvia para maximizar el precio de la cesión, quizá se vea obligado a renunciar (total o parcialmente) a dicha flotabilidad, para que el cesionario adquiera en efecto un crédito de naturaleza hipotecaria con su propia responsabilidad hipotecaria (“*aislada*” o “*separada*” de la que eventualmente conserve el cedente en su favor)⁴²².

⁴²² En el Derecho comparado existe algún vetusto precedente que reconoce libertad al acreedor hipotecario para movilizar la hipoteca constituida a su favor reconociendo a los cesionarios de los créditos asegurados los derechos y acciones propios del acreedor hipotecario, sin que obviamente se agrande con ello la afectación sobre el bien propia de la garantía. Es el caso, por ejemplo, del art. 12 de la ley de hipoteca naval francesa de 10 de julio de 1985, que admite sin limitaciones el pacto en la escritura de hipoteca que autoriza al acreedor hipotecario a disponer del crédito mediante efectos de comercio, arrogándose los cesionarios o endosatarios la condición de acreedores respecto del saldo debido, no respecto a la suma entera que el acreditante original se comprometió a poner a disposición (pero que el deudor no utilizó o ya reembolsó parcialmente).

CAPÍTULO VII

SUBROGACIÓN

1. Subrogación

La subrogación realiza a favor del subrogado un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor y de ahí que el subrogado ejercite el crédito original (con sus accesorios) frente al deudor o el obligado, a pesar de que éste se extinguió por el pago. Su derecho de regreso o reembolso frente al deudor o el obligado se refuerza mediante la ficción legal de la adquisición del derecho sobre el crédito y, con ella, en los accesorios, como las fianzas, hipotecas, etc. (art. 1.212 CC). Es la ley la que atribuye al subrogado su derecho y, por eso, no puede ser excluido por decisión unilateral del deudor, ni del acreedor, ni por convención entre ambos.

La subrogación legal *ex arts. 1.209 y ss. CC o Ley 2/1994*, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios da lugar necesariamente al traslado de la hipoteca al nuevo acreedor respecto de los créditos objeto de subrogación, que tienen siempre naturaleza de créditos existentes (esto es, de créditos presentes o créditos simplemente futuros), sin que (en principio) pueda extenderse por ello la garantía real a otros créditos existentes o futuros entre el *solvens* y el deudor, pues lo contrario supondría interpretar el principio de accesoriedad al revés. El subrogado se aprovecha de los accesorios del crédito que ha satisfecho total o parcialmente, como las garantías reales o personales a favor de ese crédito, y nunca en otros créditos cubiertos por esas mismas garantías reales o personales⁴²³. El traslado al subrogado de los derechos accesorios (en particular, las garantías reales y personales) se produce en los mismos términos en los que beneficiaban o aseguraban el crédito subrogado (sin que, por virtud de ese traslado, el subrogado adquiera el derecho a integrar en la garantía otros créditos frente al mismo deudor). Por tanto, de partida, hay que decir que el pago de alguno de los créditos existentes asegurados por una hipoteca global, no traslada al subrogado derecho alguno sobre los créditos no subrogados, ni sobre el derecho a extender crédito futuro. Finalmente, el subrogado no adquiere derecho o beneficio

⁴²³ GARCÍA GIL, Francisco Javier: *El préstamo hipotecario...*, *op. cit.*, p 170: “[...] *el acreedor subrogado adquiere el crédito en la medida en que tenga cobertura hipotecaria, y no la totalidad de la posición contractual con todas las titularidades activas y pasiva (sic) que del contrato de crédito se derivaban para el acreedor inicial*”, en referencia a las subrogaciones del art. 1.211 CC y de la Ley 2/1994.

alguno sobre la hipoteca que trascienda al crédito subrogado (antes al contrario, la extensión de la hipoteca al subrogado se hace precisamente en la medida y proporción en que el crédito subrogado estaba asegurado al tiempo de la subrogación).

Para el caso de que al tiempo de la subrogación, se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre los créditos (presentes y/o futuros) garantizados por la flotante o global (sea desde el mismo momento de la constitución de la hipoteca, sea en un momento posterior, por pacto o por decisión unilateral del acreedor), no parecería existir dificultad alguna para la subrogación: como consecuencia de ella, el *solvens* queda instituido en acreedor hipotecario de una hipoteca flotante en garantía del crédito o créditos subrogados, que tiene el mismo rango que la hipoteca flotante que mantiene el *accipiens* respecto de los restantes créditos garantizados (resolviéndose la actuación futura de cada uno de ellos conforme al expediente del art. 227 RH).

La dificultad se presenta, sin embargo, en los casos en los que al tiempo de la subrogación no existe tal distribución. A diferencia de la subrogación convencional, en la legal el acreedor no tienen ningún estímulo para compartir la garantía hipotecaria con el *solvens* y, por tanto, hay que contar con que no se avenga a pactar un reparto de la responsabilidad máxima hipotecaria. Sin embargo, no es razonable que el *solvens* y el *accipiens* se mantengan, tras la subrogación legal, en situación de comunidad de riesgo sobre el máximo, porque el derecho del *accipiens* a seguir extendiendo crédito futuro devaluaría la efectividad de la garantía hipotecaria del *solvens*. En efecto, si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, la subrogación legal en uno o varios de los créditos no debería poner en cuestión el derecho del acreedor *accipiens* a extender la hipoteca a los créditos nuevos que concierte con el deudor tras la subrogación legal del *solvens* que tengan cabida en la cláusula de globalización. También debe rechazarse laminarmente la posibilidad de que cualquiera de ellos ejecute la hipoteca en tanto se mantenga la indiferenciabilidad del máximo, porque ello extinguiría la hipoteca en perjuicio del otro (art. 394 CC).

CORDERO LOBATO había mantenido, con anterioridad a la Ley 41/2007, que la subrogación legal otorga al *solvens* “una parcela del máximo en garantía de los créditos en que se haya subrogado”⁴²⁴, suponiendo así una división de la hipoteca flotante inicial en dos hipotecas:

⁴²⁴CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, op. cit., pp. 170.

- (a) una en favor del *solvens*, en garantía de los créditos subrogados y con responsabilidad hipotecaria igual al nominal de los créditos subrogados (con el máximo de la responsabilidad hipotecaria inicial); y
- (b) otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros.

Esta solución resulta adecuada en el caso, quizá el más frecuente, en el que la responsabilidad hipotecaria iguale o supere el nominal de los créditos en ese momento existentes (esto es, la responsabilidad hipotecaria es mayor o igual que la suma de los nominales de los créditos en que se subroga el *solvens* y los que quedan en poder del *accipiens*). Pero en el caso de que no sea así (esto es, cuando la responsabilidad hipotecaria sea apenas una fracción del nominal de los créditos en ese momento existentes), esta propuesta conlleva consecuencias inequitativas, puesto que atribuye al *solvens* una “preferencia” sobre la garantía que carece de cualquier apoyo legal, como tampoco lo tendría proponer que sea el *accipiens* el que deba tener cubiertos sus créditos por sus nominales y sólo lo que sobre de la responsabilidad hipotecaria tras descontar tales nominales ha de quedar para proteger los créditos subrogados por el *solvens*. Como se expone en el Capítulo VIII, la situación de infracobertura se ha tornado infelizmente común cuando se utiliza la hipoteca flotante en escenarios de refinanciación de deudas, dado que el valor de los bienes aún libres cuando se enfrentan estas situaciones (especialmente si es por segunda o tercera vez) suele ser inferior a la deuda de la empresa que se pretende refinanciar, exigiéndose por los acreedores garantías adicionales sobre esos escasos bienes libres, cuyo bajo valor naturalmente desaconseja hipotecarlos por una responsabilidad igual a la deuda a refinanciar. Por eso, me parecería más ecuánime prorratear la responsabilidad hipotecaria que deba asignarse a cada acreedor en base a los créditos existentes de cada uno al tiempo de la subrogación, de forma tal que correspondiera al *solvens* una hipoteca en garantía de los créditos subrogados con responsabilidad hipotecaria igual a la porción de la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal (tanto los presentes como los simplemente futuros) y al *accipiens* otra hipoteca por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros⁴²⁵. En esta solución, obviamente, se incrementan las dificultades a

⁴²⁵ La apoya, CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op.*

las que se enfrenta el *solvens* para acreditar el volumen de los créditos presentes y simplemente futuros del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal con el objeto de conseguir el reflejo registral de su derecho de hipoteca.

Tras la aprobación de la Ley 41/2007, sin embargo, CORDERO LOBATO ha alterado su criterio para defender ahora⁴²⁶ que es imposible la subrogación legal en una hipoteca pura flotante o global en caso de pago de uno de los créditos asegurados en la cesta, pues ni puede ese pago atribuir al *solvens* la totalidad de la cobertura hipotecaria (ya que eso implicaría que el resto de los créditos del *accipiens* quedara sin hipoteca, sin que exista cualquier base jurídica que justificara tal “expropiación”), ni se puede admitir la subrogación parcial en la hipoteca, pues el acreedor hipotecario ha de seguir facultado para extender crédito asegurado por la hipoteca, manteniendo la cobertura por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria y en la situación de indiferenciabilidad natural en la hipoteca flotante que tenía antes de la subrogación del tercero en uno o varios de los créditos de la cesta. Es esta última parte la que no puedo suscribir: el derecho del *solvens* a la subrogación en el crédito y en sus garantías que resulta del art. 1.212 CC (o de la Ley 2/1994) tiene carácter imperativo y opera en relación con todos los derechos y todas las garantías con que cuente el *accipiens* en relación con el crédito o créditos subrogados⁴²⁷. La jurisprudencia lo tiene declarado de forma generosa⁴²⁸,

cit., pp. 332-333.

⁴²⁶ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 3. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global”, *op. cit.*, p. 255-259; MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 52: “Así, parece indiscutido que las nuevas hipotecas flotantes quedan al margen de la regulación contenida en la Ley 2/94 de subrogación de préstamos hipotecarios por la natural desconexión que se produce entre el crédito y la hipoteca”. Ídem, GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca”, *op. cit.*, p. 829, refiriéndose a la hipoteca de máximo y al caso concreto de la subrogación en base al art. 1.211 CC o la Ley 2/1994, pero sobre la base del argumento de que tanto en uno como en otro caso, sólo son subrogables “préstamos” y no “créditos”: “Precisamente por el carácter bilateral del contrato y por su incompleta definición registral (falta un acto posterior extrarregistral para la fijación del saldo exigible) queda excluida la posibilidad de que, a instancia del deudor, pueda ser sustituido el acreedor hipotecario al amparo del artículo 1.211 CC”. En esta misma línea, pero en sede de cesión, CANALS BRAGE entiende que no cabe otra forma de cesión que la del conjunto de las obligaciones integradas en la flotante (CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 88).

⁴²⁷ En el mismo sentido, CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp. 325-326.

⁴²⁸ Siendo ello verdad, el TS ha negado el instrumento del art. 1.211 CC cuando el deudor toma dinero a crédito del *solvens* para pagar la deuda, en lugar de tomarlo a préstamo, sobre la base de la literalidad de la norma y que debe ser de “interpretación restrictiva, dada su excepcionalidad, no siendo idóneo para sustentar esa sustitución del sujeto activo de la relación obligatoria al amparo del citado artículo 1.211 el contrato de apertura de crédito” (STS de 27 de junio de 1989, Sr. González Poveda, RJ 1989/4787). Suscita crítica positiva en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “Subrogación del crédito por voluntad del deudor”, *CCJC* n.º 20, 1989, pp. 625-632.

incluso en relación con el hipotecante no deudor, afirmando que la subrogación opera de pleno derecho, cualquiera que sea la voluntad de las partes en la relación, adquiriendo el *solvens* el crédito incluso sin necesidad de advertir, notificar o comunicar la subrogación al acreedor o al deudor⁴²⁹. Sólo si la Ley prohibiera expresamente la subrogación de estos créditos (lo que no hace), o previera efectos diferentes de la subrogación en las garantías (que tampoco) podría apoyar el argumento. Además, tampoco es posible excluir convencionalmente el derecho a la subrogación, pues, por una parte, el subrogado es un tercero ajeno al contrato (*res inter alios acta*) y ejercita su derecho en base al imperio de la ley. Debemos por eso entender el silencio de la Ley (el art. 153 bis LH) en torno a la regulación de la subrogación de tercero en alguno de los créditos garantizados como una laguna legal, que obliga a la integración interpretativa, en lugar de conducir a la exclusión de la subrogación. Por ello, entiendo que la subrogación en algunos (pero no todos) los créditos de la cesta convierte al *solvens* bien en cotitular de la hipoteca con el *accipiens*, bien en titular separado de una hipoteca que resulta de la partición de la anterior. En uno y en otro caso, con un derecho del *solvens* y del *accipiens* limitado a aquella porción de la responsabilidad hipotecaria inicial que resulta del prorrateo lineal de los riesgos, esto es, de la simple relación matemática entre el nominal de los créditos presentes y simplemente futuros que queda en manos de cada uno respecto de la responsabilidad hipotecaria inicial.

Si, por ejemplo, al tiempo de la subrogación, existe una hipoteca con responsabilidad hipotecaria total de 7.500, tres créditos presentes de nominales 1.500, 3.500 y 10.000 y el *solvens* se subroga en el primer crédito, debería corresponderle una responsabilidad hipotecaria de 750 (sea en una hipoteca separada en garantía del crédito de 1.500 con una responsabilidad hipotecaria de 750, sea una cotitularidad del 10% en la hipoteca flotante, que le atribuya así un 10% de la responsabilidad hipotecaria), en tanto que el *accipiens* mantendrá la protección de la hipoteca respecto de los otros dos créditos, pero con una responsabilidad máxima hipotecaria de 6.750 (nuevamente, en una hipoteca flotante separada, en garantía de los dos créditos, con esa responsabilidad hipotecaria de 6.750 o en una titularidad del 90% en la única hipoteca flotante).

Al igual que explicaba en el Capítulo anterior, para este reparto, no es posible considerar el crédito puramente futuro que el *accipiens* esté dispuesto o interesado en

⁴²⁹ F.D. 2.º de la STS n.º 18/2009 de 3 de febrero de 2009, Secc. 1.ª (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2009/1361).

conceder, o que esperaba conceder, ni tampoco el crédito futuro que el deudor aspiraba a contraer con él, dada su naturaleza contingente. Sólo se habrán de considerar los riesgos existentes (créditos presentes o simplemente futuros) contraídos al tiempo de la subrogación.

2. Naturaleza de los derechos de *solvens* y *accipiens* sobre la garantía real

El debate en torno a si *accipiens* y *solvens* quedan compartiendo la única garantía flotante (en situación de co-titularidad), o bien pasan a ostentar cada uno garantías reales separadas, pero del mismo rango, se muestra especialmente relevante en el ámbito teórico; quizá no tanto en el práctico porque las facultades de uno y otro acreedor en ambos casos acaban por coincidir⁴³⁰.

2.1 Garantías reales separadas

La tesis de la división de la flotante originaria en dos nuevas hipotecas del mismo rango, cada una de ellas a exclusivo beneficio del *solvens* y del *accipiens*, respectivamente, parece más respetuosa con la voluntad de las partes y la mecánica de la subrogación. Al contrario que en la cesión, donde la adquisición por el cesionario de cualquier derecho sobre las garantías reales es siempre querida por el cedente (pues puede excluirse), en la subrogación la extensión de los beneficios de las garantías se produce a pesar del *accipiens* (que obviamente desearía mantener la totalidad de la hipoteca a su exclusivo beneficio y que el *solvens* no adquiriera derecho alguno sobre las garantías reales o personales a favor del crédito subrogado). Por eso, la co-titularidad en la hipoteca flotante entre cedente y el cesionario a consecuencia de un negocio de cesión resulta más natural, más espontánea, que la que deriva de la subrogación entre el *solvens* y el *accipiens*. Si se reconoce una titularidad separada sobre las dos hipotecas resultantes, la articulación de las relaciones entre *solvens* y *accipiens* resulta extremadamente sencilla: quedan únicamente sujetos a la servidumbre del art. 227 RH en caso de ejecución de cualquiera de las dos hipotecas. De resto, cada acreedor se beneficiará de la hipoteca que quede a su favor.

⁴³⁰ ROCA SASTRE se refería a ambos expedientes en relación con la co-titularidad sobrevenida en el crédito hipotecario: “[...] la fragmentación del créditos en varias partes, de posible ejercicio independiente, ha de repercutir necesariamente en la hipoteca [...] bien en el sentido de producirse tantas hipotecas parciales como acreedores, bien en el de provocar una hipoteca por cuotas indivisas”, con el mismo efecto práctico final dada la regla del art. 227 RH que juega tanto en caso de hipotecas separadas del mismo rango, como en una hipoteca por cuotas (ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, p. 301).

El *solvens* podrá inscribir a su favor una hipoteca flotante, siempre que reúna alguna de las condiciones subjetivas permitidas en el art. 153 bis LH. En caso contrario, debería poder inscribir a su favor una hipoteca ordinaria o de seguridad (pues los créditos en los que se habrá subrogado son siempre existentes), aunque parece difícil que lo logre sin la colaboración voluntaria del propietario y del *accipiens* o sin la oportuna resolución judicial en proceso seguido contra ambos de declaración de su derecho.

Tratándose de una hipoteca global, entiendo que la extensión de crédito futuro llamado a quedar cubierto por la garantía real debería quedar reservada al *accipiens* (naturalmente, para quedar integrado en su respectiva hipoteca flotante), porque la subrogación es siempre en créditos existentes. Excuso decir que, con el consentimiento del propietario, y siempre que el *solvens* ostente alguna de las condiciones subjetivas permitidas, naturalmente que podrán quedar cubiertos por la hipoteca del *solvens* los nuevos créditos que conceda al deudor. Eso mismo pasaría, incluso en ausencia de consentimiento del propietario, si hubiera sido expresamente previsto en la escritura de constitución de hipoteca. Si bien se mira, con garantías reales separadas, cada una con su responsabilidad hipotecaria, ni la extensión de nuevo crédito por el *accipiens* perjudica al *solvens*, ni a la inversa. Tampoco a los titulares registrales posteriores, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, pues el límite inicial de responsabilidad hipotecaria se mantiene, invariado, aunque ahora desdoblado entre la hipoteca a favor del *solvens* y la hipoteca a favor del *accipiens*. Es más, si la escritura de constitución de la hipoteca flotante no lo prohíbe, se podría entender que es conveniente para el deudor que tanto el *solvens* como el *accipiens* mantengan el derecho a amparar crédito nuevo en su respectiva cobertura hipotecaria, pues ello estimula la competencia entre ellos y, por tanto, las posibilidades de conseguir crédito nuevo. Y los titulares registrales posteriores no tienen un derecho o interés protegible por el ordenamiento a que el *accipiens* o el *solvens* no concedan crédito nuevo al deudor con “carga” a su hipoteca, si ese crédito satisface las exigencias de la cláusula de globalización.

2.2 Co-titularidad en la garantía real

La hipótesis de la co-titularidad sobrevenida en la hipoteca flotante entre el *solvens* y el *accipiens* encuentra quizás más escollos. Para empezar, esa co-titularidad en la garantía no es corolario de la cotitularidad en los créditos puesto que, salvo en el caso de pago parcial (que ha tenido que ser aceptado por el acreedor, como resulta del

art. 1.169 CC), el *solvens* se habrá subrogado en la totalidad de alguno o algunos de los créditos de la cesta sin que consecuentemente resulte cualquier situación de co-titularidad parciaria del *solvens* y del *accipiens* sobre los créditos cubiertos. De ser una situación de co-titularidad (obviamente sobrevenida), lo es sólo en el derecho real de hipoteca, no en los créditos garantizados. E incluso en el caso de pago parcial de alguno de los créditos de la cesta, la preferencia del *accipiens* sobre el *solvens* que resulta del 1.213 CC excluye que pueda hablarse de una co-titularidad en el crédito que se traslade a la hipoteca, amén de que esa co-titularidad en ese crédito, de existir, sería sólo respecto del crédito o créditos satisfechos parcialmente, y no de los demás cubiertos por la hipoteca que puedan existir al tiempo de la subrogación.

Para la inscripción de la cotitularidad del *solvens* sobre la hipoteca flotante, naturalmente que es requisito preciso que ostente cualquiera de las condiciones subjetivas permitidas en el art. 153 bis LH.

La articulación de las relaciones entre los dos co-titulares en esta hipótesis, y las facultades en cuanto al ejercicio de los derechos del acreedor se analiza en el Capítulo VIII, pero puede anticiparse desde ya que es mucho más problemática que la que resulta de las titularidades separadas. Baste decir en este ámbito que cada acreedor debería estar facultado para ejecutar la hipoteca, en la porción de la responsabilidad máxima hipotecaria que le corresponda, incluso aunque el otro acreedor no quiera. En todos los casos en los que sólo uno de ellos promueva la ejecución de la hipoteca, o bien se reconoce al ejecutante derecho a ejecución separada sin purga de la hipoteca (esto es, se mantiene remanente la hipoteca a favor del otro por la porción de la responsabilidad hipotecaria que le corresponde, replicando muy de cerca la solución del art. 227 RH) o bien se reconoce al ejecutante derecho a la ejecución de la hipoteca (con purga de los derechos hipotecarios del otro acreedor) pero limitando su derecho sobre el remate sólo a la parte proporcional que le correspondía en la responsabilidad hipotecaria, quedando para la seguridad del otro acreedor (y hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria total, si hubiera otros titulares registrales inscritos o anotados) el remanente del remate. En este caso, se producirá una subrogación *in rem* del objeto de la garantía real del otro acreedor, que pasará a ostentar una prenda sobre el producto de la ejecución que le toca. Esta segunda alternativa se antoja, sin embargo, menos respetuosa con los derechos de los acreedores, y ello porque cercena la posibilidad de adjudicación del ejecutante de la cosa ejecutada en caso de subasta desierta del art. 671 LEC (de admitirse la

adjudicación, el ejecutante se apropiaría, de forma injustificada, del valor de la garantía del otro acreedor).

En caso de hipoteca global, la extensión de crédito nuevo llamado a quedar amparado por la hipoteca debe reservarse al *accipiens* y no al *solvens*, nuevamente, salvo con el consentimiento del propietario o cuando lo contrario resultara de la escritura de constitución de la hipoteca. Al igual que afirmaba en el apartado anterior, en estos casos, podrán quedar cubiertos en la porción de la hipoteca del *solvens* los nuevos créditos que conceda al deudor, como quedarán incluidos en la porción de la hipoteca del *accipiens* los que éste a su vez conceda. La extensión de nuevo crédito por cualquiera de los acreedores no perjudica al otro y, sin embargo, puede beneficiar al deudor, pues podrá aprovecharse de la competencia entre ellos.

3. La subrogación en los créditos simplemente futuros y el derecho a conceder créditos puramente futuros

Respecto de los créditos futuros al tiempo de la subrogación pero comprendidos en la cláusula de globalización de la hipoteca, en la medida en que su generación no pueda ser evitada por el acreedor hipotecario original una vez que haya sido privado vía subrogación de la hipoteca flotante, no parece razonable aceptar que el mecanismo de la subrogación legal del *solvens* pueda redundar en la pérdida de las garantías reales de que el acreedor original disfrutaba (tanto respecto al crédito existente en el que no se haya subrogado el *solvens*, como respecto al crédito puramente futuro para el caso de extenderse).

Si, ya porque la subrogación legal no afecte a todos los créditos presentes y simplemente futuros del *accipiens* (por ejemplo, por producirse respecto de alguno o algunos de los créditos garantizados conforme al régimen del CC), ya porque la subrogación en alguno o algunos de esos créditos está a su vez sujeta a consentimientos de terceros (por ejemplo, los beneficiarios de los avales prestados por el *accipiens* por cuenta del deudor), que no se prestan, deberá producirse la coexistencia de *solvens* y *accipiens* en la garantía conforme se ha explicado.

Y, ¿qué ocurre en tal caso con los créditos puramente futuros? Exigir al *solvens* la subrogación en estos créditos (que, como se ha dicho, son puramente futuros) no encuentra ninguna apoyatura legal, además de que resultaría ilógico que el *solvens* viniera obligado a conceder esos créditos al deudor como consecuencia de la

subrogación de los demás créditos existentes o simplemente futuros cuando el *accipiens* no estaba previamente obligado a concederlos. Y dejar al acreedor inicial sin las garantías reales voluntariamente constituidas para cubrir esos créditos puramente futuros si el *solvens* tampoco está obligado a concederlos tampoco resulta equitativo. La coexistencia de una situación de co-titularidad de *solvens* y *accipiens* sobre la flotante a consecuencia de la subrogación no es la más propicia, ni desde el punto de vista de los acreedores, ni, quizá, desde el punto de vista del deudor que, no olvidemos, aspira legítimamente a conseguir crédito futuro en las mejores condiciones del mercado.

De todo ello, creo que deben extraerse las siguientes orientaciones:

- (a) Si, a instancia o impulso del deudor (como ocurre en el expediente de la Ley 2/1994 o en el art. 1.211 CC), un tercero se subroga de forma efectiva en todos los créditos presentes, y en todos los créditos simplemente futuros del acreedor inicial, debería producirse con ello la subrogación del *solvens* en la posición jurídica plena del *accipiens* y, por tanto, también en el beneficio de la hipoteca en cuanto a la cobertura de créditos puramente futuros ulteriores, aunque haya que aceptar que el *accipiens* la pierda para así evitar las ineficientes situaciones de co-titularidad en la flotante. Téngase en cuenta que, como el *solvens* se subroga en el supuesto que se contempla en todos los créditos existentes (los presentes y los simplemente futuros), la cuota que le correspondería al *accipiens* en la hipoteca flotante tras la subrogación conforme a la regla de reparto arriba mencionada sería de 0 (por lo que resulta coherente que no mantenga derecho a conceder crédito futuro con amparo en la hipoteca posteriormente). En el ámbito de la Ley 2/1994, ya destacué que tras la modificación operada por la Ley 41/2007, el *solvens* tiene la obligación legal de subrogarse en “*todos*” los préstamos y créditos del *accipiens* que gocen de hipoteca sobre la misma finca. Además, ya defendí en el Capítulo IV que el deudor tiene derecho a exigir la cancelación “*pro futuro*” de la hipoteca global, simplemente negándose por anticipado a la concertación de crédito futuro. Por tanto, el *accipiens* no tiene derecho alguno a retener la flotante cuando ya no ostenta crédito existente (a consecuencia de la subrogación) y el deudor ha excluido irrevocablemente la prestación por su parte de los consentimientos negociales precisos para el surgimiento de crédito futuro. Y ello no supone “expropiación” o “apropiación” de valor alguna por parte del *solvens* o del deudor.

Este planteamiento resulta, además, plenamente respetuoso con los intereses del deudor, y permite combatir una de las críticas tradicionalmente esgrimidas frente a la hipoteca global, cual es la de fomentar una “*atadura*” o “*vinculación*” del deudor con el acreedor hipotecario. Así, si el deudor no consigue que el acreedor hipotecario le extienda crédito nuevo, o lo encuentra en mejores condiciones en la competencia, podrá utilizar el expediente de la Ley 2/1994 (o, de forma menos eficiente, la subrogación con base en el art. 1.211 CC) para subrogar a un nuevo acreedor en todos los créditos existentes del acreedor (tanto los presentes, como los simplemente futuros). En la medida en que pueda conseguir en efecto la subrogación plena (porque, por ejemplo, la subrogación en alguno de los créditos no esté condicionada a consentimientos de terceros o, estándolo, los consiga), quedará el *solvens* investido de plena titularidad sobre la hipoteca global y, en consecuencia, con el derecho a conceder crédito nuevo llamado a quedar cubierto por la garantía.

Si no puede conseguirse la subrogación efectiva en todos los créditos existentes (los presentes y los simplemente futuros), no es dable que el *accipiens* pierda la garantía real, por lo que habrá que aceptar el efecto de la necesaria convivencia de *accipiens* y *solvens* en la garantía hipotecaria. En estos casos, la cuestión sobre si es el *accipiens*, el *solvens* o ambos quien o quienes tiene(n) derecho a conceder crédito nuevo (con cargo a su propia porción en la hipoteca flotante), habrá de responderse según lo que resulte de la escritura de constitución, y/o del consentimiento del propietario expresado en ese momento. Será improbable que la escritura de constitución contenga reglas al efecto. Sin embargo, dado que el deudor flotante tiene derecho a la cancelación “*pro futuro*” de la hipoteca flotante en todo momento, podrá excluir a uno o a otro de la prestación de crédito hipotecario futuro, simplemente negándose por anticipado a su concertación con ese acreedor (y sin que ello genere a favor del excluido derecho a compensación alguna).

- (b) Fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/1994, en la subrogación basada en el CC no existe una obligación del *solvens* de subrogarse en todos los créditos hipotecarios existentes del mismo acreedor *accipiens* con garantía sobre el inmueble o inmuebles de que se trate. De ahí que, la subrogación legal en uno de los créditos hipotecarios existentes, pero no en los demás, tiene la consecuencia

jurídica del reparto de la garantía hipotecaria entre *accipiens* y *solvens*, tal y como se ha descrito anteriormente (con los efectos en cuanto al ejercicio de las acciones hipotecarias que se contemplan en el Capítulo VIII). En esos casos, el derecho a conceder crédito futuro corresponderá al *accipiens*.

4. La subrogación del fiador

Todo lo anterior es igualmente predicable respecto de la subrogación del fiador que paga una de las obligaciones garantizadas, *ex art.* 1.839 CC, manteniéndose otros créditos (presentes o futuros) del acreedor garantizados por la flotante. El fiador que paga acumula una acción de regreso o reembolso frente al deudor (art. 1.838 CC) con la acción por subrogación en el crédito pagado (art. 1.839 CC).

Si la fianza es posterior a la hipoteca, lo normal será que el acreedor beneficiario exija (al tiempo de la constitución de la fianza) la renuncia del fiador a este derecho hasta que todos los créditos garantizados por la hipoteca (presentes o futuros) hayan quedado satisfechos.

Si la fianza es anterior a la hipoteca, parece claro que pueden las partes en la constitución de la flotante atribuir a la obligación afianzada una determinada porción de la responsabilidad hipotecaria (que será precisamente en la que se subroga el fiador por el pago), o incluso determinarla por referencia al porcentaje que represente la deuda garantizada sobre los créditos existentes cubiertos por la hipoteca al tiempo de la reclamación al fiador (de forma que el fiador se subroga en la hipoteca por el pago precisamente en ese porcentaje). Naturalmente que el pacto de las partes en torno a la reparto de la hipoteca entre las varias obligaciones garantizadas (y, entre ellas, aquella afianzada) produce plenos efectos respecto al fiador en cuanto a la subrogación en la hipoteca que derive del pago de la obligación afianzada, porque el derecho del fiador es a subrogarse en los accesorios del crédito que ha satisfecho en virtud de la fianza, y sus garantías, en el estado en el que unos y otras beneficiaban al acreedor antes del pago. Por tanto, pueden las partes atribuir a la obligación afianzada una porción en la hipoteca mayor, menor o igual que la que resultaría de la aplicación de un criterio meramente matemático que relacionara responsabilidad hipotecaria y nominal de créditos. De hecho, lo natural será que, en caso de que interese a las partes, por cualquier razón, que la hipoteca flotante que se está constituyendo no participe del rasgo de la indiferenciabilidad y hagan así un reparto de la responsabilidad entre las obligaciones cubiertas (presentes o futuras), el reparto no “prime” a la obligación avalada (pues,

respecto de ésta, se superpone la garantía real y la personal, además del recurso al deudor), sino al contrario. Tanto el acreedor como el deudor preferirán, habitualmente, que la obligación afianzada participe en menor medida de la hipoteca flotante que las demás obligaciones hipotecarias que no gozan de la fianza (ni, por ello, de esa situación de acumulación o exuberancia de recursos): el acreedor, porque cuanto menos “hipoteca” asigne a la obligación avalada, más podrá asignar a las restantes; el deudor porque, existiendo la fianza, desea que la obligación avalada “consuma” el mínimo posible de la afección real, de forma que se maximice el remanente de la afección que queda a disposición del acreedor como estímulo para la extensión de crédito futuro que no se beneficia de la fianza. Pues bien, para el caso que las partes hayan atribuido a la obligación afianzada una porción “*menor que proporcional*” en la responsabilidad hipotecaria (esto es, menor que la que resulta de la correlación matemática crédito-responsabilidad hipotecaria), no por ello podrá el fiador invocar el art. 1.852 CC para quedar liberado por la fianza. Ni siquiera podrá invocarlo cuando ese reparto se efectúe unilateralmente por el acreedor, salvo que el fiador esté en condiciones de ver en ese reparto “*aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza* [perjudicando el derecho de subrogación del fiador]” en palabras de la STS n.º 470/2007 de 4 de mayo de 2007 (Secc. 1.ª) (Sr. O’Callaghan Muñoz) (RJ 2007/4327).

Finalmente, si no existe regla de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, tanto si la hipoteca es flotante como global, la determinación de la porción que en la misma le corresponderá al fiador tras el pago de la obligación afianzada, se determinará como se ha expuesto anteriormente, esto es, por referencia al peso relativo que el crédito afianzado (y pagado) ostenta en los créditos totales existentes (presentes y simplemente futuros) en ese momento, sin consideración alguna para los puramente futuros.

Naturalmente, el acreedor siempre podrá liberar al fiador de la fianza para el caso de que no le interese la subrogación del fiador *solvens* en parte de la flotante *ex* 1.839 CC.

En contra de lo anterior, considera PARDO NÚÑEZ⁴³¹ que el crédito por restitución de la valuta que el endosatario de un efecto garantizado con una hipoteca flotante tiene frente al endosatario final por subrogación en la posición del endosante sin

⁴³¹ PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras”, *op. cit.*, pp. 129-131.

responsabilidad no produce automáticamente la transmisión al tenedor del efecto de la hipoteca flotante que lo garantiza (por aplicación del 1.170, segundo párrafo del CC), salvo en el caso de que la garantía no se hubiera constituido como flotante sino al amparo del art. 153 LH (ya que en ese caso, sería de aplicación el artículo 1.213 CC) o que las partes expresamente contemplen este resultado. Para este autor, el efecto previsto en el art. 1.212 CC no se da en este caso porque la flotante, como hipoteca de máximo, no es accesorio, dado que la determinación de los créditos garantizados y la “*incorporación*” a la hipoteca se produce en un momento posterior, cuando la hipoteca de máximo se transforma en una hipoteca ordinaria. La principal crítica que merece el razonamiento, además de la general relativa a que la falta de determinación de la obligación u obligaciones aseguradas en un momento determinado no le(s) priva(n) de su condición de obligación(ones) garantizada(s) con hipoteca y, por tanto, de créditos hipotecarios, me parece relevante subrayar que este autor admite, sin cuestión, la posibilidad de que las partes establezcan este resultado convencionalmente al tiempo de la constitución de la hipoteca flotante (esto es, que esta hipoteca flotante se haga extensiva al *solvens*), con plena validez. También considera que los varios acreedores hipotecarios concurrentes con el originario por vía de subrogación en parte de los créditos asegurados por la hipoteca tienen que decidir la preferencia que corresponde entre ellos y, a falta de acuerdo, deberá aplicarse la regla del art. 227 RH (salvo que el *accipiens* retenga alguna parte de los créditos llamados a quedar garantizados con la flotante, en cuyo caso el juego del art. 1.213 CC determinaría la preferencia del acreedor originario respecto del co-acreedor en ese crédito concreto). No puedo dejar de ver incongruente que se afirme que no cabe en general la subrogación en la flotante del tercero que paga (pese a que lo manda la ley) al tiempo que se admita la posibilidad de extensión convencional de ese efecto.

Los mismos efectos que el pago de uno de los créditos garantizados hecho por el fiador se producirán en caso de pago por un acreedor posterior, si bien aquí el apoyo legal es el art. 1.210.1º CC. A diferencia del fiador, respecto del que es concebible la renuncia voluntaria a la subrogación por el pago de uno de los créditos cubiertos tratándose de una hipoteca flotante o global, el acreedor posterior difícilmente tendrá incentivo alguno para hacer tal renuncia al tiempo de inscribir o anotar su derecho o con posterioridad.

5. La subrogación del hipotecante no deudor o del tercer poseedor

Lo expuesto respecto al pago de alguno de los créditos garantizados hecho por el fiador tiene plena aplicación en relación con el efectuado por el hipotecante no deudor o por el tercer poseedor (que también tienen cabida en el art. 1.210.3º CC). Con algunas vacilaciones previas, nuestra jurisprudencia acepta hoy sin reservas el derecho del hipotecante no deudor a la subrogación en el crédito cuando lo paga, sea fuera o dentro del procedimiento de ejecución, con base al art. 1.210.3º CC⁴³². Para el tercer poseedor, nunca existió duda de su derecho de subrogación. El pago produce también aquí una subrogación en el crédito frente al deudor. Pero, a diferencia del pago hecho por el fiador, como en nuestro Derecho no se admiten derechos reales limitados sobre cosa propia, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor *solvens* no se subrogan en la hipoteca, sino que la extinguen, en la parte que corresponda (esto es, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que pagan, “liberan” el bien en la parte o proporción atinente). Obviamente, si el acreedor no se aviene voluntariamente a la cancelación, el *solvens* deberá obtener sentencia judicial firme ordenándola, previa acreditación en el juicio del hecho del pago (art. 82 LH).

Lo normal será que, al tiempo de la constitución de la hipoteca, el hipotecante no deudor haya renunciado, a exigencia del acreedor flotante, a la subrogación cancelatoria por el pago de cualquiera de los créditos de la cesta (esto es, haya admitido que la hipoteca se mantendrá íntegra no obstante el pago de cualquiera de los créditos de la cesta hecho por él, incluso si al tiempo del pago no existen créditos garantizados existentes, sino tan sólo la expectativa o mera posibilidad de que se genere crédito futuro llamado a quedar cubierto por la garantía). Esa renuncia queda completamente en el margen de la autonomía de la voluntad y es, por ello, válida. Por afectar al contenido y extensión del derecho de hipoteca, esa renuncia es inscribible (arts. 9 LH y 51 RH).

El tercer poseedor también podría efectuar esa renuncia válidamente a partir de momento en que deviniera propietario (si bien puede fácilmente advertirse que no tendrá estímulo racional alguno para hacerlo). La renuncia efectuada por el hipotecante no deudor antecedente en el dominio sólo le vinculará (*rectius*, le será oponible) en la medida en que haya tenido acceso al registro de la propiedad.

Cuando no se haya excluido esa subrogación cancelatoria, operará la cancelación

⁴³² STS n.º 18/2009 de 3 de febrero de 2009, Secc. 1.ª (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2009/1361), antes citada.

por las siguientes cuotas o importes:

- (a) si no existía indiferenciabilidad en la garantía, sino que se habían asignado porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones garantizadas, se cancela la hipoteca por la fracción de la responsabilidad hipotecaria asignada a la obligación pagada (es, a todo los efectos, como si hubiera hipotecas separadas del mismo rango, cada una con la responsabilidad asignada, y en garantía de las correspondientes obligaciones). Es obvio que el tercer poseedor o el hipotecante no deudor puede no tener interés en satisfacer la deuda por encima de la responsabilidad máxima que se le haya asignado, pues no por pagar más va a conseguir cancelar la responsabilidad hipotecaria asignada a las demás obligaciones; tiene derecho a que se cancele la hipoteca por la responsabilidad asignada a la obligación que paga, con tal de que la pague en esa cantidad (arts. 119, 120, 123 y 124 LH y 221 RH), aunque sea un pago parcial (si bien, en la acción personal de regreso frente al deudor, quedará expuesto a la preferencia del acreedor respecto de la parte del crédito que no haya pagado *ex art.* 1.213 CC).
- (b) si persistía la indiferenciabilidad, tanto si la hipoteca es flotante como global, la determinación de la porción de la misma que se extingue se determinará conforme a lo siguiente regla alternativa: (1) por referencia al peso relativo que el crédito pagado ostenta en la suma de los créditos garantizados existentes (presentes y simplemente futuros) en ese momento, sin consideración alguna para los puramente futuros o (2) por referencia a la cantidad pagada, lo que sea mayor (esto es, lo que resulte mayor de esas dos alternativas y, por tanto, conduzca a mayor liberación del bien). El ejemplo siguiente ayudará a entender la propuesta. Imaginemos una hipoteca global con una responsabilidad de 200 € en situación de indiferenciabilidad. Al tiempo del pago por el hipotecante no deudor o el tercer poseedor, existen dos obligaciones existentes, la A y la B, cada una de ellas de 25 € de importe. El tercer poseedor o el hipotecante no deudor paga la A (25 €). Se extingue la mitad de la hipoteca. Queda una hipoteca con responsabilidad hipotecaria de 100 € (pese a que el pago fue sólo de 25 €), para responder de la A y de las futuras que se concierten y quepan en la cláusula de globalización. Se aplica la regla (1). Supongamos que, además de la obligación A y la B, hay una C al tiempo del pago cuyo importe es de 190 € y que es ésta la que paga. Según la

regla (1), debería cancelar hipoteca por importe igual a 158,3 € (esto es, la proporción que representa 190/240 respecto de 200 que es la responsabilidad hipotecaria = $[190/(25+25+190)] \cdot 200$). Pero sin embargo, lo hace por 190 € (esto es, la cantidad pagada). Se aplica la regla (2). Tiene que ser así porque la responsabilidad hipotecaria constituye el límite máximo de riesgo de los terceros registrales (arts. 659.3, 662, 672, 689, 692 LEC, entre otros muchos), como se destacó en el Capítulo IV: los derechos de los terceros registrales a la subrogación por pago, enervación de la ejecución, o sobre el remate se fijan por referencia a la deuda reclamada con el límite de la responsabilidad hipotecaria. Ese mismo criterio ha de considerarse cuando se trata de aplicar un efecto que la ley atribuye al pago hecho por el tercer poseedor o el hipotecante no deudor⁴³³.

6. La subrogación por pago parcial

La regla general en nuestro Derecho aplicable a la subrogación por pago sólo parcial del crédito es la del art. 1.213 CC, en el que, aunque se reconoce el efecto subrogatorio del pago hecho por tercero, se otorga preferencia al acreedor respecto de la parte del crédito aún insatisfecha. Dado que, aun con esta última limitación, se reconoce el efecto subrogatorio respecto del crédito pagado, se traslada al *solvens* por ministerio de la ley los accesorios al crédito (art. 1.212 CC), entre los que destacan las garantías reales y personales. Desde esta perspectiva, el pago parcial de alguno de los créditos garantizados por la hipoteca flotante o la hipoteca global debería producir su extensión al *solvens*, naturalmente sólo en la proporción que represente la parte del crédito pagado sobre todos los créditos garantizados existentes en ese momento.

Sin embargo, no debe ser así. Y ello porque la preferencia que el art. 1.213 CC otorga al *accipiens* por la parte del crédito aún pendiente excluye que *solvens* y *accipiens* mantenga, tras el pago parcial, una titularidad indivisa sobre una misma hipoteca, o hipotecas del mismo rango resultantes de la partición de la hipoteca global o flotante originaria, todo ello por las razones que se exponen a continuación:

- (a) La colisión de hipotecas sobre un mismo inmueble no entraña concurrencia de acreedores ni, en consecuencia, se resuelve con un criterio de preferencia

⁴³³ CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 355-356, solo contempla la regla (2), y sin distinguir si se mantiene la indiferenciabilidad o no: “[...] cuando no es el deudor, sino el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada quien paga las obligaciones aseguradas, la suma máxima de responsabilidad hipotecaria se extingue en cuantía equivalente al importe pagado”.

crediticia, sino de prelación o rango. En el ámbito de los derechos reales sobre inmuebles, la colisión entre derechos respecto del mismo inmueble se ventila por el criterio de prioridad registral o rango hipotecario⁴³⁴: la hipoteca de mejor rango se ejecuta sin interferencia de la hipoteca de peor rango (que se purga), en tanto que la ejecución de la hipoteca de peor rango no produce efecto alguno sobre la de mejor rango, cualquiera que sea la preferencia creditual existente entre los créditos asegurados por tales hipotecas de diferente rango.

- (b) La subrogación en parte del crédito por el pago parcial determina una cotitularidad sobrevenida sobre la obligación, deviniendo aplicable el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles: “*el crédito [...] se reputará dividido en tantas partes iguales como acreedores [...] haya*” (art. 1.138 CC). Por la accesoriedad de la hipoteca, esta cotitularidad en la obligación se traslada a la hipoteca (arts. 1.212 y 1.860 CC y 122 LH). La cuestión sobre la titularidad que los acreedores parciarios ostentan sobre una misma hipoteca se ha resuelto en nuestra doctrina con una doble tesis:
- (a') Una primera tesis⁴³⁵ consistiría en entender que los acreedores parciarios son titulares “pro indiviso” de la hipoteca, lo que impediría a cualquier acreedor aceptar alteraciones de la hipoteca sin consentimiento de los demás (art. 397 CC) o ejecutar la hipoteca sino en interés de la comunidad (art. 394 CC). El ejercicio de las acciones de devastación y ejecución correspondería conjuntamente a todos los acreedores.
- (b') Una segunda tesis⁴³⁶, sin duda la más extendida ahora, consideraría que la

⁴³⁴ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2004, p. 102.

⁴³⁵ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales...*, op. cit., tomo I, pp. 499 y ss. Es la tesis de la STS de 10 de marzo de 1947 (RJ 1947/441) y las RRDGRN de 26 de noviembre de 1917 y 9 de diciembre de 1935.

⁴³⁶ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales...*, op. cit., p. 532. CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 1994 (3.^a ed.), pp. 1.460 y ss. y 1.582. ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, p. 320: “*Dice La Rica que este precepto [el art. 227] del Reglamento Hipotecario, inspirado quizá en la regla del art. 155 de la Ley, y extendiéndola a todos los gravámenes de rango igual o simultáneo, ha optado por considerar a los gravámenes de igual rango como preferentes al del actor. Así, pues, el Reglamento Hipotecario ha venido a confirmar aquella tesis mantenida, y con él, ha quedado desvirtuada o sin efecto la doctrina sentada por la expresada sentencia de 10 de marzo de 1947. Todo esto es aplicable al caso de hipoteca constituida en garantía de un crédito pluripersonal mancomunado [...]*”. Es ésta la posición asentada en la DGRN (véanse las RRDGRN de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/495), de 10 de febrero de 2003 (RJ 2003/2607), 9 de febrero de 2005 (La Ley 31141/2005) y 15 de octubre de 2005 (La Ley 2065/2005).

cotitularidad en el crédito se extiende a la garantía, tal que cada acreedor sea simultáneamente titular de una porción del crédito y de la hipoteca. La pluralidad de créditos se traslada a una pluralidad de hipotecas, todas ellas obviamente del mismo rango. La legitimación aislada de cada acreedor (*ex* arts. 1.138 y 1.139 CC) parecería imponer que cada acreedor pueda ejercitar la hipoteca que asegura su crédito separadamente, obviamente sin perjudicar el derecho de los demás acreedores, para lo cual se introdujo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1947 la solución del art. 227 RH de considerar preferentes las hipotecas de los demás acreedores al tiempo de la ejecución de una de ellas.

- (c) La concurrencia de co-titulares en una única hipoteca o de acreedores de distintas hipotecas de igual rango se resuelve en el art. 227 RH, otorgando preferencia de rango, en la ejecución de cualquiera de las cargas, a las anteriores y a las del mismo rango. Esta solución sería plenamente congruente con el art. 1.213 CC cuando fuera el *solvens* quien ejecutara (porque el *solvens* respetaría en efecto la preferencia del acreedor sobre la parte del crédito aún no satisfecho, que continuaría gravando la cosa tras la ejecución) pero, sin embargo, vulneraría la “preferencia” del acreedor cuando es éste el que procede contra el bien (porque sólo va a poder cobrarse del remate que se obtenga, con la subrogación del rematante en la responsabilidad de las cargas previas y simultáneas al crédito del ejecutante, y, por tanto, en la responsabilidad por la porción de la hipoteca a favor del *solvens*, responsabilidad que tendrá en cuenta el licitador reduciendo su puja en la subasta y, en consecuencia, disminuyendo la probabilidad de que el acreedor satisfaga ese derecho preferente que tiene al cobro respecto del derecho del *solvens*). A esto quiere referirse GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *“También puede darse en nuestro sistema el supuesto de derechos simultáneos (igual rango) por la cesión, sin fijar prioridad, de parte de un crédito hipotecario, excepto si se trata de una subrogación en virtud de pago parcial del mismo crédito (art. 1.213 del Código civil). Si cedo 20.000 pesetas de las 10.000 garantizadas por una hipoteca a mi favor, quedamos mi cesionario y yo en la misma línea y con los mismos derechos. En cambio, si al ejecutar yo uno de los plazos de 20.000 pesetas, un interesado paga esta parte del crédito y se subroga en mi puesto, conservo una indiscutible prelación por las 20.000 pesetas restantes”*.

- (d) Esta incongruencia o discrepancia entre el art. 227 RH y el 1.213 CC en caso de que sea el acreedor quien proceda contra el bien sólo puede resolverse a favor del art. 1.213 CC, no sólo por el rango normativo (ley frente a reglamento) sino, principalmente, por su carácter especial frente al general.
- (e) La conclusión de que el pago parcial de una obligación hipotecaria no atribuye al *solvens* un derecho hipotecario a pie de igualdad con el del acreedor es plenamente coherente con los demás supuestos de subrogación legal por pago, como los arts. 118 y 230-232 RH. Para reconocer la subrogación en la hipoteca, se exige el pago total de la obligación (“y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca” ex art. 118 LH) y no sólo en relación con el pago hecho por el deudor, sino incluso con el pago hecho por el extraño a la obligación (“si el importe de alguna de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satisfecho por el deudor o el tercer poseedor, sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real, se entenderán estos últimos subrogados”, ex art. 231 RH).
- (f) Los argumentos anteriores se refuerzan en presencia de una hipoteca flotante o global, porque ni puede privarse al acreedor de la facultad de ejecutar la hipoteca por el incumplimiento de cualquiera de los demás créditos (que no han sido satisfechos, siquiera parcialmente por el *solvens*), ni puede de forma alguna limitarse, condicionarse o restringirse dicho derecho (lo que ocurriría si, antes incluso de haberse satisfecho completamente el crédito parcialmente pagado, se reconociera al *solvens* una cuota de la hipoteca, pues adquiriría carácter preferente en la ejecución de la flotante por el acreedor por cualquiera de los demás créditos de la cesta). El art. 227 RH “estatuye, que cuando existe una igualdad de rango [...] la ejecución de uno de los derechos que la posea opera, respecto de los títulos restantes, como una posposición limitada de aquél”⁴³⁷. No puede presuponerse en el acreedor flotante voluntad de posponer los demás créditos amparados por la flotante al derecho del *solvens* que paga parcialmente uno de ellos, porque la única norma en nuestro Derecho en la que podría ampararse esa consecuencia (el art. 1.213 CC) ni siquiera contempla la igualdad entre el acreedor y el *solvens* en cuanto al crédito parcialmente satisfecho (tanto menos en cuanto a los demás créditos garantizados por la hipoteca).

437

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales...*, op. cit., p. 575.

Por eso, la extensión al *solvens* que paga parcialmente del beneficio de la hipoteca flotante (ya en forma de porción de la hipoteca, ya en forma de hipoteca separada, pero del mismo rango que la del *accipiens*) vulnera la preferencia que el art. 1.213 CC otorga al *accipiens*, puesto que el *accipiens*, cuando se dirigiera frente al bien para satisfacer su interés, habría de soportar la preferencia de la hipoteca del *solvens* que resulta del juego del art. 227 RH, precisamente contrariando su preferencia crediticia⁴³⁸.

Por tanto, sólo es posible reconocer al *solvens* derecho sobre la hipoteca flotante (conforme a la regla de determinación arriba indicada) una vez que el acreedor hipotecario ha visto íntegramente satisfecho el crédito remanente. Hasta tanto, tiene una mera expectativa (no un derecho) a subrogarse en la hipoteca. Cuando se haya pagado el crédito íntegramente, la cuota o derecho en la hipoteca del *solvens* se determinará conforme a las reglas anteriores, pero por referencia al tiempo en el que se efectuó el pago parcial (esto es, a la proporción que representaba el pago parcial respecto de todos los créditos existentes –presentes o simplemente futuros–), pues no es razonable que su

⁴³⁸ También en contra de este criterio (en relación al caso general de pago parcial de un crédito hipotecario, no específicamente del asegurado con hipoteca flotante), ARNAU REVENTÓS, Lidia: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Barcelona: Cedesc, 2000, pp. 241 y ss., para quien el pago parcial sí atribuye al *solvens* derecho sobre la hipoteca (con el acreedor parcialmente pagado), pero en comunidad de bienes con el acreedor (conforme pues a la primera de las tesis arriba mencionadas). De ahí deduce que la hipoteca ha de ser ejecutada por ambos acreedores o por cualquiera de ellos en interés de la comunidad (art. 392 y ss. CC), otorgando preferencia al acreedor parcialmente insatisfecho sobre el remate. Contempla la postura que aquí se defiende, para rechazarla, con el argumento de que el art. 1.213 CC “*ni ciñe su aplicación sólo a los supuestos en los que el crédito parcialmente satisfecho es hipotecario [en lo que estoy de acuerdo], ni se trata, a nuestro entender, de una norma dirigida a regular cuestiones relativas al rango hipotecario [por lo que] [l]a articulación de esta suerte de concurrencia de titularidades en el derecho real deberá organizarse, pues, atendiendo a otros parámetros distintos al del rango hipotecario*” [que no comparto] (p. 245) y en que el art. 227 RH regula el supuesto de concurrencia de acreedores de rango simultáneo o de créditos hipotecarios simultáneos, no de cotitularidad de acreedores mancomunados en el mismo crédito hipotecario (“[...] *es evidente que no nos encontramos ante créditos simultáneos [...] De todo ello se deduce que, a nuestro entender, del principio de indivisibilidad de la hipoteca, se sigue que la garantía del crédito del subrogado y la, del derecho del primitivo acreedor por el resto es una y la misma, luego mal podrá hablarse en aquél supuesto de “créditos simultáneos o de igual rango*”, p. 253). Pese a que no comparte la postura que aquí se defiende, al reconocer al acreedor una preferencia sobre el remate, esta autora está, en definitiva, muy próxima a reconocer al *solvens* un derecho hipotecario “*menor*” al del acreedor, que es en última instancia mi tesis: tendrá derecho de subrogación cuando el acreedor haya sido completamente satisfecho. También en contra de lo que aquí se defiende, CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, p. 952: “[...] *el art. 1213 CC significaría que el acreedor parcialmente satisfecho es preferente a los efectos de del art. 227 RH, de tal forma que la ejecución de la hipoteca por parte del acreedor parcialmente subrogado no determinaría la cancelación de la hipoteca del acreedor parcialmente satisfecho*”. No contempla sin embargo el caso polémico, que es que la ejecución la promueva el acreedor parcialmente satisfecho y no el subrogado: en ese caso, el art. 227 RH llevaría a la solución -inequitativa conforme al art. 1213 CC- de que no se purga la hipoteca del *solvens*, por lo que la expectativa de remate a favor del acreedor ejecutante se perjudica.

cuota o derecho se determine en relación a la situación existente en el momento del pago total del crédito (ya que la facultad del acreedor de seguir extendiendo crédito en el ínterin devaluaría injustificadamente su derecho de subrogación).

Naturalmente, si la satisfacción del interés remanente del *accipiens* se efectúa precisamente por vía de la ejecución, aún parcial, de la hipoteca, el *solvens* no adquiere derecho alguno sobre la hipoteca (que se extingue totalmente si se acude a la ejecución total, o en la parte de la responsabilidad hipotecaria asignada al crédito por el que se ejecuta, si se acude a la ejecución parcial), ni ha de ser atendido su crédito con el sobrante del remate una vez atendido el crédito remanente del *accipiens*. La expectativa del *solvens* a la subrogación proporcional en la hipoteca se frustra irremediabilmente en este supuesto.

7. La subrogación del deudor que vendió la cosa hipotecada con retención o descuento, sin asunción liberatoria de la deuda hipotecaria por parte del comprador

Los arts. 118 LH y 230 RH atribuyen al deudor que vendió la cosa hipotecada sin asunción por el comprador de la deuda hipotecaria sino con retención o descuento de precio precisamente en consideración a la existencia de la carga, un derecho a subrogarse en la hipoteca cuando paga la deuda hipotecaria. El deudor se aprovecha de la hipoteca constituida a favor del acreedor en garantía de una deuda suya para hacer efectivo un crédito de naturaleza distinta que ostenta frente al comprador que descontó o retuvo. No hay subrogación en el crédito hipotecario (que se ha extinguido por el pago hecho por el deudor), sino mera extensión, por ministerio de la ley, de la hipoteca al vendedor⁴³⁹.

Aunque, a diferencia de los arts. 231-232 RH, ni el 118 LH ni el 230 RH aluden específicamente al tercer poseedor o hipotecante no deudor que vende con retención o descuento (al contrario, estos artículos se refieren exclusivamente al “*deudor que vendió*”), no hay razón alguna para no reconocer al propietario no deudor que vende con retención o descuento el mismo derecho de subrogación en la hipoteca que se reconoce al deudor, cuando pagan la deuda (y la generalidad del art. 1.210.3.º CC lo avalaría).

⁴³⁹

ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pp. 277-279, enfatizando las razones que equidad que subyacen a esta decisión del legislador. “[...] lo que implica que este eventual crédito del vendedor quedaría garantizado, en virtud de tal subrogación, por el mismo gravamen hipotecario que servía de cobertura al préstamo pagado por el deudor que vendió” RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5684).

Este derecho opera cuando, después de vender la finca con retención o descuento, el tercer poseedor o el hipotecante no deudor vendedor pagan la deuda⁴⁴⁰.

Por razones sistemáticas, prefiero analizar este supuesto en el apartado siguiente, en conjunto con otros dos casos de subrogación legal en la hipoteca que se recogen en los arts. 231 y 232 RH, como dimanaciones del art. 118 LH. Pero avanzo ya que el vendedor no tendrá derecho alguno de subrogación en la hipoteca flotante o global aunque pague alguno de los créditos garantizados sino en la medida en que todos los créditos presentes o futuros llamados a quedar garantizados por la hipoteca flotante hayan sido satisfechos (o no hayan llegado a nacer) y, en el caso de la hipoteca global, en la medida en que el acreedor ya no mantenga interés alguno en la extensión de crédito adicional de la naturaleza indicada en la cláusula de globalización de la hipoteca. Esto es, sólo se podrá reconocer al vendedor derecho de subrogación en la hipoteca flotante o la hipoteca global cuando ésta haya cumplido totalmente la función para la que se constituyó.

8. La subrogación del deudor hipotecario o del tercer poseedor al tiempo de la ejecución de una carga posterior

Aún cabe contemplar un último caso, que sería el de la subrogación en la flotante del deudor hipotecario que satisface todo o parte de la deuda cubierta, para dirigirse contra el rematante o adjudicatario en proceso de apremio derivado de cargas posteriores a la flotante, conforme a lo previsto en el art. 231 RH. En efecto, este artículo extiende el efecto subrogatorio del deudor hipotecario en la hipoteca que propone el art. 118 LH en la venta voluntaria de la cosa gravada a los supuestos de realización en procedimiento de apremio por deuda posterior, otorgando al deudor hipotecario de las cargas anteriores a aquél que motivó un apremio, y al tercer poseedor al tiempo del apremio, el derecho a subrogarse en dicha carga previa cuando pagan la deuda hipotecaria anterior, “*para exigir su importe al rematante o adjudicatario*” (lo que, obviamente, se refiere a su acción extracontractual por enriquecimiento sin causa):

“Subrogado el rematante o el adjudicatario en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, si el importe de

⁴⁴⁰

CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, p. 942 se refiere solo al caso de que venden después de pagada la deuda, pero no cuando la pagan después de la venta, que es el caso contemplado específicamente en los arts. 118 LH y 230 RH (“*Cuando el tercer poseedor paga la deuda sí puede haber subrogación en la hipoteca si, con posterioridad, el tercer poseedor vende la finca con descuento o retención de la cantidad asegurada...*”).

alguna de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satisfecho por el deudor o tercer poseedor, sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real, se entenderán estos últimos subrogados, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unas y otros, para exigir su importe al rematante o adjudicatario”.

Se ofrece así al deudor o tercer poseedor una acción hipotecaria en refuerzo de su acción personal extracontractual por enriquecimiento sin causa frente al adjudicatario en el apremio por la carga posterior que descontó la carga previa (en detrimento de los derechos del deudor o del tercer poseedor), que se subrogó en la responsabilidad de su pago pero que resulta finalmente indemne a la carga precisamente por el pago tempestivo de la deuda asegurada por la carga preferente que hace el deudor hipotecario o el tercer poseedor.

Conforme a lo anterior, el deudor hipotecario que pague el crédito o créditos garantizados por la flotante debería subrogarse en la posición del acreedor hipotecario flotante para dirigirse frente al rematante o adjudicatario en procedimiento de ejecución de carga posterior a la flotante. Y el mismo derecho se reconoce en el art. 231 RH al tercer poseedor.

Aquí la duda se plantea en torno a si el deudor (o el tercer poseedor al tiempo de la ejecución de la carga posterior) se subroga en la flotante por el pago total o parcial de uno sólo de los créditos, o sólo en caso de pago de todos ellos. Cuando la ley atribuye un derecho de subrogación en la hipoteca al deudor que paga para dirigirse frente al rematante o adjudicatario en la ejecución de las cargas posteriores, naturalmente que está presuponiendo que el acreedor ha sido completamente satisfecho.

Sería inadmisibles que el acreedor al que se le ha hecho un pago sólo parcial de uno de los créditos, estuviera obligado a compartir la hipoteca con el deudor o el tercer poseedor que paga y la regla general *nemo cedet ni subrogat contra se* del art. 1.213 CC, para los supuestos de pago parcial, es precisamente la de reconocer la preferencia del acreedor por la parte del crédito aún no satisfecha, preferencia que, en relación con la hipoteca que garantiza dicho crédito, excluye que *solvens* y acreedor pasen a compartir la misma garantía, o a beneficiarse de hipotecas separadas de igual rango.

Pero ni siquiera si se paga uno sólo de los créditos hipotecarios por entero quedando aún otros créditos existentes (presentes y/o simplemente futuros) a favor del

acreedor hipotecario, puede entenderse que los arts. 118 LH y 231 RH determinen una cotitularidad en la flotante entre el acreedor hipotecario y el deudor o el tercer poseedor *solvens*.

Ni tampoco, en fin, cuando se paga íntegramente el único crédito existente en un momento dado, pero contiene la hipoteca una cláusula de globalización que abarca créditos futuros y acreedor y deudor mantiene el interés en servirse de la hipoteca para el caso de que quieran concertarlos durante el plazo de la hipoteca aún pendiente.

Y es que los derechos de subrogación de los arts. 118 RH o 230 a 232 RH parten de la premisa de la existencia de un único crédito hipotecario y, además, de su completa satisfacción al acreedor hipotecario (a diferencia del Derecho alemán, donde la subrogación en la hipoteca del deudor que paga para favorecer su derecho personal de compensación o indemnización a cargo del propietario o de sus antecedentes en el dominio se reconoce incluso en caso de que la compensación a que tenga derecho el deudor sea parcial y se produzca, por tanto, sólo una adquisición parcial de la hipoteca, *ex art. 1164 (1) in fine BGB*). Por eso, tampoco el vendedor que paga parcialmente el crédito hipotecario respecto del que se hizo retención o descuento por el comprador de la cosa hipotecada pasa a compartir la hipoteca con el acreedor hipotecario; sólo cuando abona completamente el crédito, queda investido de la acción hipotecaria para dirigirse frente al comprador, y sólo si, al tiempo del pago, la hipoteca se mantiene. La cancelación de la hipoteca por parte del acreedor no exonera al deudor del pago del crédito, ni queda en ningún caso sujeta a consentimiento del deudor hipotecario, ni siquiera para el caso de que, al tiempo de la cancelación, haya vendido el deudor el bien hipotecado con retención o descuento. Y si la hipoteca hubiera sido previamente cancelada, no hay duda de que el deudor que paga no podrá subrogarse en la carga para dirigirse hipotecariamente frente al comprador que descontó o retuvo, para la satisfacción de la retención o descuento.

Téngase en cuenta que si, tras el pago de uno de los créditos, surgen más créditos cubiertos, que se impagan y se ejecuta la hipoteca por el acreedor flotante o global, no tendría el deudor o el tercer poseedor acción personal alguna frente al adjudicatario (pues la acción extracontractual se le otorga se justifica, precisamente, en la “*utilidad*” que surge para el rematante, en el enriquecimiento derivado de haber adquirido “descontando” la carga previa y verse sobrevenidamente liberado de ella por el pago, y ninguna utilidad resulta cuando la hipoteca se ejecuta finalmente aunque sea por el

impago de una deuda distinta de aquella que el deudor o el tercer poseedor sí atendió): si carece de acción personal, ¿para qué necesita la acción hipotecaria?

El subrogado tiene derecho a servirse de la hipoteca y de la acción hipotecaria para la satisfacción de un interés legítimo, que merece la protección de la ley, pero que es distinto del crédito hipotecario, a saber, el crédito del vendedor de la cosa gravada frente al comprador que retuvo o descontó en consideración a la existencia de la carga; el interés del deudor o del tercer poseedor frente al que se ejecuta una carga y que ve minorado el remanente del remate (una vez atendida la deuda garantizada por la carga posterior por la que se procede), por la existencia de una carga anterior a la que se ejecuta que motiva el oportuno descuento por parte del rematante. No existe subrogación en el crédito (¿cómo podría subrogarse el deudor en el crédito frente a sí mismo?), sino tan sólo en la hipoteca y con el *prius* lógico de la satisfacción íntegra del crédito hipotecario y, con ello, del pleno interés del acreedor. El derecho de subrogación en la hipoteca de los arts. 118 LH ó 230 a 232 RH no entra nunca en pugna con el derecho del acreedor hipotecario.

En el caso de que los créditos llamados a quedar cubiertos por una hipoteca no lleguen a nacer, ese mismo derecho de subrogación en la hipoteca frente al rematante o adjudicatario en la ejecución de una carga de rango posterior se habrá de reconocer al deudor hipotecario flotante o al tercer poseedor, pues el art. 232 RH lo permite respecto de “*las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas*”:

“Lo dispuesto en los dos artículos anteriores será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas si se acreditase mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se ha extinguido, acompañando en su caso instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el Registro”.

Al igual que en el caso del pago, la subrogación en la hipoteca del deudor hipotecario o del tercer poseedor al tiempo de la ejecución de la carga posterior sólo se produce en la medida en que ninguna de las obligaciones llamadas a quedar garantizadas llegue a contraerse o cuando todas se hayan extinguido, esto es, cuando carezca el acreedor flotante de cualquier interés (presente o incluso potencial) en el mantenimiento de la hipoteca flotante. Cuando estas dos circunstancias ocurren de

forma parcial respecto de los créditos de la cesta (esto es, se extingue uno pero permanecen otros presentes o futuros llamados a quedar cubiertos, o no llega a nacer uno de ellos, pero sí otros que se mantienen en vigor, o incluso cuando, habiéndose extinguido todos, se mantiene el interés de acreedor y deudor flotantes en la concertación de futuras operaciones de la naturaleza indicada en la cláusula de globalización que quedarán por tanto cubiertas por la hipoteca), reconocer al deudor hipotecario o al tercer poseedor cualquier derecho sobre la hipoteca en pugna con los derechos de un acreedor flotante, es insustentable.

PLURALIDAD DE ACREEDORES

1. Pluralidad de acreedores en la hipoteca flotante

1.1 La incontrovertida admisión de la pluralidad de acreedores en la hipoteca flotante

Uno de los primeros debates que se plantearon en torno a la hipoteca flotante fue el relativo a si el art. 153 bis LH excluía la pluralidad de acreedores. Algunos autores han enfatizado la postura (que se comparte) de que el supuesto de hecho de la modificación legislativa por la que se introdujo el art. 153 bis LH, desde luego en el origen del debate parlamentario, era la “hipoteca-empresa”, es decir, la hipoteca concedida por el deudor a favor de una única entidad de crédito⁴⁴¹ (y quizá por eso, el art. 153 bis LH se refiere a “la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora” en singular; si bien el argumento es reversible, porque en el primer párrafo se emplea el plural).

Pero que éste pudiera haber sido el supuesto de hecho contemplado en el origen del debate, o que sea el más habitual (estadísticamente) cuando la hipoteca cubre obligaciones futuras, no permite interpretar restrictivamente el art. 153 bis LH para prohibir su utilización en los casos en que haya pluralidad de titulares en la parte activa⁴⁴². Si la Ley no lo prohíbe, debemos aplicar los principios generales que contemplan la cobertura de cualesquiera obligaciones, incluso de distintos acreedores⁴⁴³ (art. 105 LH). Es más, la LH recoge expresamente otros supuestos de hipoteca en garantía de varios acreedores, como la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, si bien es cierto que respecto de una única obligación de naturaleza parciaria).

⁴⁴¹ PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, pp. 269, 271 ó 277; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable...”, *op. cit.*, p. 1.132. Ídem, GARCÍA GARCÍA, en el informe en defensa de la calificación denegatoria de la hipoteca flotante que concluyó en la RDGRN 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168).

⁴⁴² En contra, esto es, defendiendo que la flotante sólo cabe con un único acreedor, BOTÍA VALVERDE, Antonio: “Hipoteca recargable y novación”, *op. cit.*, p 9.

⁴⁴³ Se apela a las reglas generales sobre cotitularidad de obligaciones (art. 1.137 CC) y de la comunidad (arts. 392 y ss. CC) (VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 31: “la falta de una atención normativa (suficiente) a la pluralidad en la titularidad de la hipoteca no puede, por consiguiente, entenderse como un rechazo a la admisión de estas figuras. Ni las reglas generales sobre co-titularidad jurídico-obligacional (art. 1.137 y ss. CC) varían si el crédito está garantizado con hipoteca, ni las reglas generales sobre comunidad (arts. 392 y ss. CC) presentan excepciones cuando la cotitularidad se proyecta sobre una hipoteca”).

La RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168) ha admitido, con gran naturalidad, que puede existir una pluralidad de acreedores en una hipoteca flotante, centrando el esfuerzo argumentativo entorno a las relaciones que pueden o deben establecerse entre los co-acreedores hipotecarios flotantes (que luego analizaré).

1.2 Hipoteca flotante por capas

Se ha afirmado que el art. 153 bis LH sirve para ofrecer el mismo rango a acreedores diferentes respecto a créditos también diferentes, sin necesidad de que los créditos sean simultáneos, ni de acudir a negocios sobre el rango hipotecario, con el efecto, fundamental, de que no juega el principio de avance de puesto en caso de amortización o extinción de alguno de ellos⁴⁴⁴. Partiendo de esta afirmación general, que comparto, interesa analizar si, existiendo varios acreedores hipotecarios en una flotante, es posible establecer preferencias de cobro o de ejecución entre ellos. En los supuestos de constitución de hipotecas flotantes en escenarios de refinanciación global preconcursal, por ejemplo, ha sido frecuente que se otorguen estos privilegios o beneficios a los nuevos financiadores o proveedores de “*fresh money*”, esto es, a quienes, en esas difíciles condiciones del deudor, se avienen a aportarle la liquidez que necesita para evitar el concurso.

No parece que exista ninguna dificultad para admitir la validez del pacto entre los acreedores por el que acuerdan repartir el producto de la ejecución de forma diferente a la regla de proporcionalidad. La STS n.º 10/2004 de 20 de enero de 2004 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 2004/204) analizada con más detalle detallada en el apartado 3.3 siguiente, sanciona la validez de los pactos de reparto del producto de la ejecución entre los co-acreedores hipotecarios si bien, incorrectamente en mi opinión, les atribuye un alcance puramente obligacional entre los co-acreedores, vedándoles por tanto el acceso al registro⁴⁴⁵ y su efectividad *erga omnes*⁴⁴⁶. Esta última afirmación, no obstante, se hace *obiter dictum*.

Otra forma de establecer privilegios consiste en atribuir a algunos acreedores hipotecarios (los preferentes) el derecho a ejecutar la hipoteca por la totalidad (es decir, con purga) sin el auxilio de los restantes acreedores hipotecarios (no preferentes), en

⁴⁴⁴ BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁴⁵ F.D. 2.º: “[...] por tanto, no sólo es que no necesite para su validez la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que ésta, caso de haber sido solicitada, forzosamente habría de ser denegada por el registrador, dado que no se trata de cláusula inscribible, precisamente por esa naturaleza obligacional y no real”.

⁴⁴⁶ F.D. 5.º: “La preferencia convenida entre los coacreedores sindicados no opera “*erga omnes*”.

tanto que la ejecución por los no preferentes se admite sólo si es parcial (es decir, si subsiste la hipoteca flotante en garantía de las obligaciones de los acreedores preferentes, no obstante la ejecución) o si se sujeta a la condición suspensiva de la previa amortización íntegra de las obligaciones de los acreedores preferentes. Es lo que se ha llamado “*hipoteca flotante por capas*”. Atendiendo a las particulares características de la hipoteca flotante (fundamentalmente, la indiferenciabilidad natural que hace que la totalidad de la hipoteca sirva a cualquiera de los créditos garantizados, por su totalidad), tampoco aprecio dificultad especial para admitir la validez e inscribibilidad de esta determinación convencional si se incluye en la escritura de constitución de la hipoteca, o incluso con posterioridad con el acuerdo de las partes. Más dudoso sería quizá admitir la validez e inscribibilidad de este pacto sólo por acuerdo de los acreedores posterior a la constitución de la hipoteca si no goza de la aceptación del propietario (por aplicación directa del art. 144 LH). Sólo apelando a que se trata de una modificación que favorece al propietario (en tanto en cuanto restringe o condiciona el derecho de ejecución de los no preferentes) podría tratar de entenderse prestado tácitamente ese consentimiento para justificar su inscripción.

Por último, puede atribuirse mejor trato a unos acreedores que otros otorgándoles mayor participación en la responsabilidad hipotecaria que la que se atribuya a los no preferentes. Por ejemplo, se atribuye a los acreedores preferentes responsabilidad hipotecaria equivalente a un ratio *loan-to-value* o relación de préstamo-valor del 50%, mientras que a los no preferentes se les atribuye del 75%, de forma que el riesgo de los acreedores preferentes se cubra mejor que el de los no preferentes. Y todo ello, tanto si la responsabilidad hipotecaria es mayor que el nominal de todos los créditos garantizados como (con mayor razón si cabe) si es menor.

Considero válidos e inscribibles cualquiera de dichos pactos⁴⁴⁷. En este asunto, como en otros muchos que se plantean en relación a la insuficiente regulación de la hipoteca flotante, debe tenerse siempre muy presente la imprecación contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, precisamente al hilo de la explicación de la hipoteca flotante, a “*todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad*” para que “*entiendan dirigida su labor en el sentido de*

⁴⁴⁷ En idéntico sentido, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, pp. 230-232.

orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios". Ello no tiene otro límite que *"las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos"*.

2. Pluralidad de hipotecas versus co-titularidad de la hipoteca flotante

Aunque la posibilidad de existencia de varias hipotecas de distinto rango sólo está prevista expresamente en nuestro Derecho en relación con la ejecución hipotecaria (art. 227 RH⁴⁴⁸), existe consenso absoluto sobre la posible coexistencia de varias hipotecas del mismo rango en un mismo bien, sea por constitución e inscripción simultánea, sea a consecuencia de un negocio sobre el rango de hipotecas inicialmente de distinto rango (en cuyo caso, se requeriría el consentimiento del acreedor de rango anterior y quienes ostenten derechos inscritos sobre este crédito hipotecario –subhipoteca, anotación preventiva, etc.– y de los titulares de gravámenes o derechos intermedios). La pluralidad de acreedores en las obligaciones parciarias, original o sobrevenidamente, es una situación asimilada naturalmente a la coexistencia de hipotecas simultáneas.

La constitución de una pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien en garantía de créditos de diferentes acreedores aventaja a la hipoteca flotante en que evita de raíz cualquier debate sobre las titularidades compartidas (por ejemplo, para el ejercicio de la acción de devastación), y que atribuye a cada acreedor hipotecario señorío absoluto sobre su propia hipoteca. Pero comporta la desventaja de la necesidad de individualizar la responsabilidad máxima a que está sujeto el bien en relación con cada obligación, lo que en última instancia limita el derecho de agresión de cada acreedor frente al bien. Y en el contexto de las operaciones de refinanciación tan frecuentes actualmente, en las que es habitual que se exija como condición de la refinanciación la constitución de nuevas garantías sobre la práctica totalidad de los bienes libres de los deudores refinanciados, de forma que se cree una comunidad de los acreedores que aceptan la refinanciación sobre dichas garantías, esta individualización es contraria al principio de "colectivización" de los esfuerzos y las garantías. La constitución de nuevas garantías reales eficaces es, en muchas ocasiones, una exigencia impuesta por los acreedores para

⁴⁴⁸ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca...*, op. cit., p. 110, lo considera derogado por la LEC, pero es una opinión aislada.

poder disminuir las provisiones bancarias constituidas tras la recalificación de los créditos en dudosos, morosos o subestándar, pues la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (la “**Circular 4/2004**”) requiere para ello que *“exista una certeza razonable de que el cliente puede hacer frente a su obligación de pago dentro del calendario previsto o se aporten nuevas garantías eficaces”*.

En estos procesos de refinanciación se presenta, en ocasiones, una disyuntiva inicial: o bien se establecen hipotecas simultáneas del mismo rango sobre los bienes libres del deudor refinanciado, cada una de ellas en garantía de las distintas obligaciones refinanciadas (atribuyéndose a cada una de dichas hipotecas una fracción de la responsabilidad máxima hipotecaria allí establecida proporcional al peso relativo de cada obligación en el sumatorio de las obligaciones aseguradas), o bien se establece una hipoteca flotante en garantía de todos esos créditos sin individualizar la porción de la responsabilidad máxima hipotecaria que aseguraba cada obligación, de forma que cada una de ellas quede garantizada por el máximo de la responsabilidad hipotecaria allí establecida.

Con esta segunda opción, las partes aspiran –ni que decir tiene que legítimamente– a que cualquier vicisitud que afecte a cualquiera de las obligaciones garantizadas (extinción, pago, etc.) no reduzca el derecho de agresión de los restantes acreedores sobre los bienes hipotecados. Y ello es especialmente entendible en los casos, tristemente habituales en las refinanciaciones, en los que la responsabilidad hipotecaria asegurada en la hipoteca es netamente inferior a las obligaciones garantizadas (porque también es inferior el valor de los bienes que los deudores en trance de refinanciación tienen aún libres para ofrecer como garantía a los acreedores dispuestos a refinanciar).

Así, cuando el valor de los bienes ofrecidos en garantía no alcanza a cubrir siquiera una parte del principal de las obligaciones refinanciadas, deudor, hipotecantes y acreedores pueden preferir:

- (a) que la responsabilidad máxima hipotecaria se limite al valor de los bienes hipotecados (pues es antieconómico hipotecar algo por encima de su valor razonable); y,

- (b) que todas las obligaciones queden garantizadas por la totalidad de dicha responsabilidad máxima hipotecaria, sin hacer subdivisiones o asignaciones parciales entre las obligaciones garantizadas, en la esperanza de que, en los supuestos de amortización o pago de cualquiera de ellas, puedan los restantes acreedores seguir “sirviéndose” de la hipoteca (y, en última instancia, del valor del bien hasta la total responsabilidad hipotecaria) en toda su extensión.

3. Co-titularidades en la hipoteca flotante

3.1 Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos)

3.1.1 *Introducción*

Antes de analizar el supuesto de concurrencia de varios acreedores de distintos créditos, merece la pena partir del análisis del supuesto más sencillo, que sería la coexistencia de varios acreedores sobre el mismo crédito o créditos asegurados por una hipoteca flotante. Para después centrarse en la coexistencia de varios acreedores hipotecarios, sin que exista relación en el crédito entre ellos.

Si los acreedores de todos los créditos garantizados son solidarios, cualquiera de ellos podrá ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.), *ex art.* 1.137 CC⁴⁴⁹. En este caso, la relación interna entre los acreedores no trasciende en modo alguno a la hipoteca, porque es irrelevante para el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y cualquier titular registral posterior (RRDGRN de 1 de marzo de 1994 –RJ 1994/2017–, 23 de marzo de 1994 –RJ 1994/2028–, 15 de febrero de 2000 –RJ 2000/495– y 14 de febrero de 2003 –RJ 2003/2608–)⁴⁵⁰.

En caso de parciariedad entre los acreedores, la respuesta a la titularidad que ostentan sobre la hipoteca (en definitiva, qué facultades puede ejercitar cualquiera de ellos respecto de la hipoteca) se abordó en el Capítulo anterior, al hilo de la subrogación por pago parcial. Recuérdesse que se han formulado dos posturas, siendo la segunda la

⁴⁴⁹ RDGRN de 1 de marzo de 1994 (RJ 1994/2017) y 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2028).

⁴⁵⁰ En este sentido; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 93; GONZALEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio: “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *RCDI* n.º 566, enero-febrero 1985, p. 209. En contra, exigiendo la constancia de la cuota a efectos hipotecarios, GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “La “indefinición” del crédito hipotecario solidario en la Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2000”, *Lunes* 4,30, junio 2000, pp. 13 y ss.; AZPITARTE CAMY, Rafael: “Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios”, AA. VV.: *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad de España, 1998, pp. 321 y ss.

que más apoyos concita:

- (a) Entender que los acreedores parciarios son titulares “pro indiviso” de la hipoteca, lo que impediría a cualquier acreedor aceptar alteraciones de la hipoteca sin consentimiento de los demás (art. 397 CC) o ejecutar la hipoteca sino en interés de la comunidad (art. 394 CC). El ejercicio de las acciones de devastación y ejecución correspondería conjuntamente a todos los acreedores.
- (b) Entender que cotitularidad en el crédito se extiende a la garantía, de tal forma que cada acreedor sea simultáneamente titular de una porción del crédito y de la hipoteca y que la pluralidad de créditos se traslada a una pluralidad de hipotecas, todas ellas obviamente del mismo rango. La legitimación aislada de cada acreedor (*ex arts. 1.138 y 1.139 CC*) parecería imponer que cada acreedor pueda ejercitar la hipoteca que asegura su crédito separadamente, obviamente sin perjudicar el derecho de los demás acreedores, arbitrándose la solución del art. 227 RH. En tal caso, sería preciso especificar registralmente qué cuota corresponde a cada acreedor en el crédito parciario (porque así lo impone, para este caso, el art. 54.1 RH).

El carácter incierto del crédito en cuanto a existencia o cuantía propio de una hipoteca de máximo no dificulta la aplicación de esta tesis; el reparto entre los varios acreedores del crédito asegurado se traslada a la responsabilidad hipotecaria.

Por ello, en ausencia de determinación convencional al respecto:

- (1) No debe advertirse dificultad para aplicar esta tesis a una hipoteca flotante que asegure un único crédito de titularidad compartida entre varios acreedores parciarios (la cuota en el crédito de cada acreedor se traslada a la hipoteca, por accesoriedad).
- (2) Tampoco si, existiendo varios créditos, cada acreedor ostenta la misma cuota sobre todos ellos (la misma cuota invariable de cada acreedor sobre el crédito se traslada a la hipoteca). La correlación deuda-responsabilidad hipotecaria es cierta e invariable (el 25% de cada una de las partes de un todo equivale indefectiblemente al 25% del todo, cualquiera que sea el peso

relativo de cada parte en el todo)⁴⁵¹.

- (3) Más difícil sería la aplicación, si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro y ello porque en la flotante no existe una asignación de responsabilidad hipotecaria entre las varias obligaciones aseguradas. La “indiferenciabilidad” de la flotante parecería dificultar el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor del art. 54 RH en ese caso. No habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponda en cada crédito, pero eso no determinaría, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. ¿Cómo, sin poder establecer la medida en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, se puede aplicar la regla del 227 RH? Lo mismo sucedería en caso de que alguno de los acreedores o créditos garantizados fuera futuro.

Y por último, cabe, claro está, que el crédito o créditos garantizados se ostenten por varios acreedores en mano común (art. 1.138 CC: “*Si del texto de las obligaciones..., no resultase otra cosa*”). En tal caso, sólo la acción conjunta (unánime) de los acreedores puede determinar el ejercicio de las acciones hipotecarias, o la cancelación de la hipoteca (porque existe una única hipoteca)⁴⁵².

⁴⁵¹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES parece excluir, en este supuesto, la virtualidad del pacto por el que se configure la titularidad en la hipoteca de forma diferente a la titularidad en los distintos créditos garantizados, por imperativo del principio de accesoriedad: al ser iguales las cuotas de cada uno de los acreedores parciarios en cada uno de los créditos garantizados esta se traslada, por efecto de la accesoriedad, a la hipoteca (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 220). Exige, en estos casos, un requisito adicional cual es que la responsabilidad hipotecaria cubra la totalidad de las obligaciones garantizadas. No entiendo el “requisito” que este autor exige de que responsabilidad hipotecaria cubra la totalidad de los créditos garantizados: ya los cubra, ya no, la accesoriedad de la hipoteca debería hacer que la (igual) titularidad de cada coacreedor sobre los distintos créditos se traslade a la hipoteca. Y como segundo punto de discordancia con este análisis, que sea este el efecto natural (o el aplicable en defecto de pacto) no impide, en mi opinión, que las partes puedan mediante pacto establecer cualquier otra cotitularidad sobre la hipoteca del mismo modo que se podría garantizar con hipoteca (flotante o no) uno tan sólo de los créditos parciarios existentes en una obligación (por ejemplo, el crédito del acreedor A y no los de los demás co-acreedores parciarios), sin que los diferentes co-acreedores adquieran derecho o cuota alguna sobre la hipoteca. Es decir, en defecto de pacto en otro sentido, la cuota (idéntica) que cada acreedor tiene en los créditos garantizados con la hipoteca se traslada a la cuota sobre la hipoteca, pero cabe pacto entre las partes por la que establezcan cualquier otra cotitularidad sobre la hipoteca, por ejemplo, para que los créditos de un acreedor queden mejor garantizados que los de los demás, atribuyéndole más cuota en la hipoteca que la cuota que tiene en los créditos garantizados o en el sumatorio de los créditos garantizados.

⁴⁵² VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores...”, *op. cit.*, p. 2.767.

Por tanto, si la obligación u obligaciones garantizada(s) (todas, si son varias) tienen la misma naturaleza (solidaria, parciaria o en mano común) y los varios acreedores ostentan la misma porción o titularidad en (todas) ella(s), la misma cotitularidad existente en el/los crédito(s) se traslada a la hipoteca, en defecto de pacto.

Cabe, sin embargo, el pacto en contrario, es decir, que se atribuya a uno de los créditos garantizados, a las de un cierto tipo, o a acreedor o tipo de acreedor hipotecario, una mayor cobertura (léase, responsabilidad hipotecaria o cuota en la hipoteca) que a los restantes. Por eso no comparto la opinión de que, cuando se produce una fijación de cuotas entre los acreedores, por tratarse de obligaciones parciarias *“las mismas deben ser absolutamente proporcionales al crédito, o a la suma de los respectivos créditos, por aplicación del principio de determinación y por inferirse así de la expresión “indudablemente” del art. 54.1 del R.H., sin que deban admitirse redondeos que rompan de forma clara dicha proporcionalidad y alteren, por vía de la fijación de las cuotas, el quantum del crédito que cada acreedor tiene garantizado”*⁴⁵³. Y ello, porque la indiferenciabilidad propia de la flotante es una ventaja, un beneficio, un privilegio (si se quiere) que el legislador atribuye a determinado tipo de acreedores, en aras de la búsqueda de la máxima flexibilidad en el tráfico. No puede ser una carga, una limitación estructural. Del mismo modo que es posible renunciar a esa indiferenciabilidad (de partida o en cualquier momento posterior), consiguiendo así que una determinada porción de la responsabilidad hipotecaria asegure cada crédito garantizado, puede atribuirse a uno de los créditos parciarios (o a uno de los acreedores parciarios, si se quiere) una parte de la responsabilidad hipotecaria mayor o menor que la que le correspondería matemáticamente en el crédito garantizado, una cuota en la hipoteca mayor o menor que la que corresponde en el crédito. Y podrá tener justificación romper esa equivalencia, por ejemplo, cuando se quiera premiar la agrupación del crédito (por ejemplo, los acreedores parciarios con cuota en el crédito superior al 10% tienen una participación más que proporcional en la hipoteca) o su fragmentación (por ejemplo, los acreedores parciarios con cuota en el crédito inferior al 10% tienen una participación más que proporcional en la hipoteca). No se advierte por qué esta determinación, de ser aceptada por el hipotecante y los acreedores (o, incluso, sólo por estos últimos), perjudica a los terceros (registrales o no) o quiebra algún principio o norma de inexorable aplicación.

⁴⁵³VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores”, *op. cit.*, p. 2.767.

3.1.2 La constitución consensual de comunidades; el caso particular de las comunidades germánicas sobre hipotecas flotantes

El CC no contiene reglas específicas sobre la constitución de la comunidad. Y esta omisión se explica porque no hay modos específicos de constitución de la comunidad, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos⁴⁵⁴. Por tanto, la génesis de una comunidad (romana o no) está en la ejecución de un acto o negocio jurídico atributivo en favor de varios titulares (ya originario, ya derivativo). En caso de que el origen sea un negocio consensual, pueden perfectamente las partes articular convencionalmente dicha comunidad bajo los moldes de una cotitularidad en mano común.

La posibilidad de configurar convencionalmente una comunidad distinta de la romana o por cuotas ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN. La STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995/4911) acepta la constitución convencional, sobre una zona aledaña a cinco fincas propiedad de otros tantos propietarios, “[...] *de una comunidad en mano común, no sometida en su regulación a las normas del Título III del Libro II del Código Civil que tratan «de la comunidad de bienes», sino por la voluntad de los comuneros y caracterizada por la indivisibilidad del objeto y la inexistencia de cuotas de participación (ello, no obstante haberse establecido una contribución por quintas partes a los gastos) y la inexistencia de la acción de división*”.

De igual modo, la STS de 26 de abril de 1988 (RJ 1988/3233) admite con toda generosidad que la cotitularidad de los propietarios de unos terrenos integrados en una unidad de actuación pueda ser romana o germánica, puesto que tanto en uno como en otro caso, la legislación urbanística (art. 166 e) del Reglamento de Gestión Urbanística,

⁴⁵⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José: Anotaciones..., *op. cit.*, p. 752: “[...] *en rigor, no cabe hablar de «causas de nacimiento» de la comunidad. Las mismas causas que determinan la adquisición de un derecho real determinan la situación de comunidad cuando tal adquisición se opera en favor de una pluralidad de personas*”. Ídem, MIQUEL GONZÁLEZ, José María: MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Comentario a los artículos 392 a 395 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2, Madrid: Edersa, 1985 (1.ª ed.), p. 32: “*no contiene el Código ningún precepto que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos. [...]. Es claro que no se pretenderá confundir una venta con un contrato de sociedad o con un pretendido contrato de comunidad. Cada uno [...] de los contratos, venta donación, permuta, sociedad, es causa de atribución patrimonial, es uno de los «ciertos contratos» del artículo 609, aunque la donación se mencione aparte*”.

RD 3288/1978, de 25 agosto) exige la responsabilidad solidaria de los condueños:

“Por tanto, si los responsables de una finca o derecho responden solidariamente frente a la Junta de cuantas obligaciones dimanen de su condición en verdad que ninguno de dichos titulares le puede oponer a la Junta, ni al Ayuntamiento, ni a la Jurisdicción, cuestiones civiles internas de la Comunidad, pues tanto si la misma es romana como si es germánica, como si subsiste o no la Comunidad misma, lo indudable es que cada cotitular de ella responde solidariamente frente a la Junta de Compensación, por lo que en el caso de comunidad de bienes, no podría hablarse frente a la Junta ni de Comunidad romana ni de germánica, sino que se trataría, en tal caso y frente a ella, de una Comunidad solidaria”.

Más allá del supuesto específico de la comunidad germánica, el amplísimo alcance de la regulación convencional de la comunidad queda ilustrado por las resoluciones de la DGRN de 18 y 27 de mayo de 1983 (RJ 1983/6969 y RJ 1983/6972, respectivamente) que aceptaron un régimen jurídico especial de comunidad funcional, organizada y permanente, en el que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros.

Se ha invocado, para rechazar la posibilidad de constitución consensual de una comunidad germánica, la RDGRN de 8 de julio de 1933, en la que, *“después de decir que la comunidad de tipo romano es por cuotas ideales a favor de cada uno de los condóminos y que pueden ejercitar en todo momento la acción de división y que la comunidad germánica es aquella en que no corresponde ninguna cuota ideal de facultad de ejercitar (sic) la actio communi dividundo, excluye la inscripción de una escritura en que se formalizaba una copropiedad consuetudinaria sin cuotas”*⁴⁵⁵. La cita de esta resolución, en apoyo de la tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica de origen convencional en nuestro Derecho, es doblemente tendenciosa. Por una parte, porque la Dirección General estima en esa resolución el recurso del notario declarando *“[...] que la escritura de 28 de julio de 1931 y su adicional de 25 de junio de 1932, autorizadas por el Notario de Macotera [...] se hallan extendidas con sujeción a las formalidades y prescripciones legales, en cuanto se refiere al defecto motivo de este recurso”*. Y por otra, porque el aspecto fundamental de discusión en el recurso no era si

⁴⁵⁵

QUESADA PÁEZ, Abigail: “Hipoteca en mano común”, *RCDI* n.º 718, marzo-abril 2010, p. 624, invocando la opinión de José Manuel GARCÍA GARCÍA.

cabe o no cabe una comunidad germánica en Derecho español, sino si tenían o no los aportantes de unos inmuebles a una sociedad anónima capacidad para efectuar el correspondiente acto dispositivo sin encontrarse plenamente autorizados para ello por los demás socios o comuneros. Y es que sobre los terrenos objeto de la aportación social existía una seria confusión de titularidades y derechos, como se reconoce en la propia escritura objeto de inscripción al afirmar que sobre los mismos “[...] *se había creado de hecho una copropiedad consuetudinaria más que legal, que ha encontrado en el desenvolvimiento de su vida una infinidad de dificultades de todos los órdenes, ya naturales, debidas al antieconómico estado de indivisión, ya debidas al enorme número de poseedores, presuntos dueños, en aumento constante de las transmisiones sucesivas y por la defectuosísima titulación o carencia absoluta de ella*”. La Dirección General inicia su razonamiento admitiendo las dos formas de comunidad: “[...] *la técnica civil moderna ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano -condominium iuris romani-, en que parece inspirarse nuestro Código civil [...] y la copropiedad de tipo germánico -condominium iuris germanici-, según la cual los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la actio communi dividundo*”. Pero, a la vista del monumental lío existente sobre los terrenos, “[...] *se pone de relieve la dificultad de encajar la situación real en la que se encuentran los derechos sobre las fincas Valles y Egidos en los dos tipos de comunidad antes señalados [ni en uno, ni en otro, apuntillo] ya que ni la circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal, entre otros, ni tampoco el carácter de subsidiarias que reconoce el Código civil a las normas del Título III del Libro II, pueden estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad [en este caso, añadido], básica en la discusión, mientras que los Tribunales no hayan fijado con claridad el alcance de las expectativas y los derechos que existan a favor de los vecinos interesados*”.

GARCÍA GARCÍA se pronuncia abiertamente en contra de la posibilidad de admitir una comunidad en mano común en nuestro Derecho, fuera de los casos de cotitularidades germánicas sobre bienes, derechos o patrimonios legalmente reconocidos: “*la comunidad germánica es excepcional; tan sólo se admite en los*

*supuestos expresamente previstos legalmente (sociedad de gananciales, comunidad de pastos y leñas y montes vecinales en mano común) y sobre la base de la habilitación legal, sin que quepa la autonomía de la voluntad en el ámbito de la inscripción de los derechos”*⁴⁵⁶. El concepto de cuota es, para él, “*un concepto institucional, definitorio y de orden público, de la comunidad de bienes y derechos, sin que puedan existir comunidades sin cuota*”. Se sitúa por ello en contra de la posibilidad de que accedan al registro cotitularidades sin cuotas “[...] *pues, en otro caso, los futuros embargantes o adquirentes no sabrían qué embargar, ni qué adquirir, dificultándose el tráfico, que es la finalidad de la legislación hipotecaria*”⁴⁵⁷.

Pero la base del argumento es débil, en mi opinión, porque el registro no crea derechos, ni los mejora, sino solamente los publicita y los pone a cubierto de determinadas acciones o excepciones. Tampoco los acreedores de un acreedor hipotecario solidario conocen la cuota que corresponde a su deudor en el crédito hipotecario sobre la base de la información del registro. Ni los acreedores de un acreedor hipotecario solidario que embarguen el derecho de su deudor trabarán más derecho o mejor derecho que el que tiene su deudor. Y habrán de soportar la cancelación de la hipoteca consentida por otro co-acreedor solidario, o la purga que resulta de la ejecución de la hipoteca efectuada por otro co-acreedor solidario. Del mismo modo, los cesionarios, embargantes o acreedores subhipotecarios de un acreedor hipotecario cotitular de un crédito hipotecario en mano común subentran (o subentrarán) en la posición jurídica de su cedente, deudor embargado o subhipotecante, ni más, ni menos. Y si el crédito hipotecario objeto de cualquiera de dichos negocios de cesión, embargo o subhipoteca está sometido a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH), o la propia hipoteca está sometida a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH, RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005, RJ 2005/6928 y RJ 2005/6929, respectivamente y Sentencia de la AP Barcelona de 17 de junio de 2008, JUR 2008/265700) o la hipoteca se ha constituido sobre bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia (art. 107.7º LH), pues todas esas vicisitudes, limitaciones o potenciales carencias del crédito o de la hipoteca se trasladarán naturalmente al cesionario, embargante o acreedor subhipotecario.

Y del mismo modo, aunque tampoco los acreedores de un coheredero conocen la

⁴⁵⁶ QUESADA PÁEZ, Abigail: “Hipoteca...”, *op. cit.*, p. 624.

⁴⁵⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación...*, *op. cit.*, p. 454.

porción que corresponde a sus deudores sobre el patrimonio hereditario o sobre un bien concreto integrado en éste o perteneciente a matrimonio en régimen de comunidad germánica (ganancial o de otro tipo), ninguna duda cabe que tanto uno como otro son patrimonios en mano común (en el segundo caso, porque así lo quisieron los condueños, obviamente sin necesidad de preguntar ni obtener el consentimiento previo de los acreedores de cualquiera de los esposos).

Tampoco se puede compartir el argumento, si se hiciera, de que la constancia de las cuotas resulta esencial para defender el interés de los terceros, sean titulares de cualesquiera derechos sobre la finca hipotecada o el crédito hipotecario, sean ajenos al registro (los acreedores del hipotecante o de los acreedores hipotecarios), porque la falta de constancia reduce, limita o perjudica la garantía patrimonial universal con la que cuentan los acreedores en el art. 1.911 CC. Y no se puede porque, como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (para defender la eficacia de una prohibición de disponer pese a que lesione la garantía patrimonial universal) aunque es cierto “*que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores (art. 1.911), [...] no lo es menos que esa garantía comprende los bienes tal y como se encuentran en ese patrimonio*”⁴⁵⁸.

Por tanto, los terceros (registrales o no) no tienen un interés, protegible por el ordenamiento, en que se haga constar la cuota que corresponde a sus deudores en un bien o derecho ostentado en mano común.

Otro de los autores que rechazó esta posibilidad ha sido BELTRÁN DE HEREDIA al afirmar que “*en el ordenamiento jurídico español, influido por los individualistas de la época de la Codificación civil, no se recogió la forma de la comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico. [...] Existen, ciertamente, algunos casos especiales de comunidad en nuestro Derecho [...] que presentan particularidades de un cierto parecido, más o menos lejano, con el tipo de comunidad en mano común, pero en modo alguno pueden considerarse como especies de ésta, ni en cuanto a la justificación de la especialidad, ni en cuanto a la regulación positiva en concreto. Los intentos de acercamiento con la comunidad germánica son, en nuestra legislación, forzados en la mayoría de los casos*”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, tomo I (*Derechos reales en general*), Madrid: Tecnos, 2012 (8.ª ed.), p. 49.

⁴⁵⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid:

Esta afirmación, sin embargo, se ve contrariada por el vasto número de supuestos expresamente recogidos legalmente, en atención a la singularidad del objeto en común (montes, leñas, pastos...) o de los sujetos (cónyuges, herederos...) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la ha admitido en situaciones ajenas a los supuestos expresamente reconocidos legalmente.

La comunidad en mano común se fundamenta, como se ha indicado, en que el ejercicio y el alcance del derecho del cotitular no está limitado o definido por referencia a una cuota. Existe una dilución de la individualidad en favor de la colectividad, una atribución del bien o derecho en comunidad y del ejercicio de las acciones o facultades inherentes a la globalidad de los condueños. Cualquiera se podría preguntar por la razón económica, lógica si se quiere, por la que los condueños de un bien o derecho (por ejemplo, los acreedores de créditos asegurados con hipoteca) pueden estar interesados en renunciar a la patrimonialización del derecho (en el alcance de la cuota) que presupone una comunidad romana sobre la hipoteca y referir al “sujeto” colectivo, a la globalidad de los cotitulares, el ejercicio de tales derechos. Es decir, ¿por qué los acreedores hipotecarios pueden preferir una comunidad germánica a una romana?

Este tipo de hipotecas vienen siendo utilizado últimamente (como se exponía en el apartado 2 anterior) en el contexto de las refinanciaciones globales de deuda. Los objetivos que pueden justificar una hipoteca en mano común en este escenario son variados, pero todos ellos completamente razonables y fácilmente entendibles. La existencia de una situación de crisis empresarial puede exigir de los acreedores un mayor compromiso de actuación conjunta (hasta el punto de llegar a la unanimidad) que en un contexto de, digamos, menor “estrés” financiero. Sin ese riesgo de colapso que atenaza al deudor, los acreedores podrían estar en condiciones de admitir actuaciones aisladas por parte de esos acreedores, ejercicios individualizados de los derechos y garantías que el deudor está dispuesto a ofrecer.

Por otra parte, la consideración de los activos hipotecados como los de mayor trascendencia para la viabilidad del deudor puede hacer comprensible que cualquier decisión sobre el destino de éstos (la oportunidad del momento de la ejecución, la conveniencia o inconveniencia de una ejecución conjunta de varios bienes, por ejemplo, comprensivos de una rama de actividad o de una unidad productiva autónoma, el sometimiento de la venta a la autorización de los acreedores, etc.) se sujete a decisión

unánime con el fin de que ninguno de los acreedores pierda garantía de su crédito, o vea perjudicada la calidad de su garantía, por decisiones del resto de entidades.

Que se establezca una hipoteca en mano común en garantía de un crédito con el mismo carácter no ofrece dificultad alguna, y ello pese a que el CC no contemple expresamente la situación de co-titularidad en mano común sobre el crédito, como acertadamente nos recuerda ROCA SASTRE. En efecto, habiendo pluralidad de sujetos en la parte activa de la obligación, podemos tener tres tipos de obligaciones: mancomunadas, solidarias y en mano común. Sin embargo, afirma que esta denominación procede de la necesidad de adaptarse al tecnicismo del CC, y que lo apropiado sería hablar de obligaciones *parciarias* (que el Código denomina mancomunadas), *solidarias*, y *mancomunadas o en mano común*. La obligación o crédito en mano común, afirma, “*es silenciada por el Código, si bien su régimen preside en general las obligaciones mancomunadas cuando la prestación es indivisible*”. Y la posibilidad de que el crédito se configure en mano común por la determinación convencional de las partes, porque las partes así lo quieren, tampoco le parece imposible: “*No obstante, el crédito en mano común puede surgir de la voluntad de los interesados, constituyéndolo con tal carácter, al igual que lo permite dicho art. 1137 respecto del crédito solidario. Obligación o crédito en mano común será [por ejemplo] el que pertenezca a una comunidad de bienes matrimoniales*”⁴⁶⁰.

Por tanto, si el crédito garantizado por una hipoteca es “*en mano común*”, los acreedores hipotecarios formarán una comunidad germánica sobre la hipoteca (STS 33/2002 de 31 de enero de 2002, Sr. Martínez-Calcerrada, RJ 2002/2313). Y en tal caso, no puede ser exigible, al practicar la inscripción, hacer constar la cuota que corresponde a cada uno en el derecho, pues, como ya se ha expuesto, la titularidad en mano común se caracteriza precisamente por la inexistencia de cuotas (RDGRN de 15 de febrero de 2000 –RJ 2000/495–, de 8 de junio de 2011 –RJ 2012/3168–, 29 de noviembre de 2012 –JUR 2012/396127– ó 1 de diciembre de 2012 –BOE n.º 4, de 4 de enero de 2013–).

BLASCO GASCÓ y GÓMEZ GÁLLIGO, al igual que ROCA SASTRE, reconocen tres criterios de ordenación de la relación obligatoria: parciariedad, solidaridad y mancomunidad (en mano común)⁴⁶¹, pero el primero de ellos va más lejos aún al

⁴⁶⁰ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, p. 310.

⁴⁶¹ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria...*, op. cit., p. 92. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*,

considerar que mediante pacto entre los acreedores se puede configurar la relación jurídico-hipotecaria de manera distinta a como lo esté la relación jurídico-obligatoria⁴⁶².

DÍEZ PICAZO admite una génesis consensual de la mancomunidad sobre el crédito (cuando a las partes “*interesa que el derecho de crédito se ejercite consorcialmente [...] [incluso] cuando la prestación sea objetivamente divisible*”), junto al caso de la objetiva indivisibilidad de la prestación (contemplado en el art. 1.139 CC), y al caso de que el crédito pertenezca a un patrimonio colectivo atribuido a varias personas (como el patrimonio hereditario o el social)⁴⁶³.

Se invoca en contrario la literalidad de la regulación de la obligación del CC (que simplemente contrapone obligaciones mancomunadas y solidarias, considerándose por los detractores de la existencia de obligaciones en mano común que las mancomunadas indivisibles no son de titularidad unitaria, sino simplemente de cumplimiento o reclamación unitaria), así como la RDGRN de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/495) que exige la misma configuración obligación-hipoteca: si el crédito es solidario, la hipoteca es solidaria; si el crédito es parciario, la hipoteca es parciaria. ¿Adónde nos lleva la RDGRN de 15 de febrero de 2000 cuando las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante pertenecen a acreedores distintos? Aunque no existe solidaridad, ni parciariedad en el crédito, ¿imponemos una relación por cuotas en la hipoteca? La orientación de esta resolución es claramente insuficiente para ordenar una institución como la hipoteca flotante, que viene a la vida siete años después.

Se añade, entre los argumentos en contra, el art. 54 RH, que exige la determinación de la cuota de cada uno de los acreedores hipotecarios. Sin embargo, el art. 54 RH sólo resulta aplicable a aquellos casos en los que la finca o el derecho se encuentran divididos en porciones ideales o participaciones indivisas, lo que no sucede en los supuestos de comunidad germánica o en mano común.

En efecto, ROCA SASTRE señala que si el crédito hipotecario pluripersonal es mancomunado, “*deberá precisarse la parte del crédito correspondiente a cada acreedor y, por ende, la parte que cada uno tenga en la hipoteca. Debe cumplirse pues*

vol. 1, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, p. 218-220. Ídem, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “La hipoteca”, *op. cit.*, pp. 658-666 y SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (dir.): *La ejecución hipotecaria...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁴⁶² En este mismo sentido, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* n.º 1, 2003, pp. 213.

⁴⁶³ DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

lo dispuesto en el art. 54 RH [...] según las resoluciones de 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciembre de 1912, 24 de noviembre de 1913 y otras y más recientemente las resoluciones de 1 y 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999. [...] En cambio, cuando, por excepción, el crédito hipotecario pluripersonal sea solidario o en mano común, debe estimarse que no es preciso dicho requisito, con base en que en estos casos no existen cuotas o porciones ideales, a las que se refiere el art. 54 del Reglamento Hipotecario, y de que las citadas resoluciones se produjeron frente a supuestos de obligaciones mancomunadas simples. De forma expresa, la no necesidad de fijación de cuotas en el crédito solidario viene reconocida en las resoluciones de [...] 10 de febrero de 2003 y 9 de febrero y 15 de octubre de 2005”⁴⁶⁴.

Así se establece en las RRDGRN de 15 de febrero de 2000 y de 10 de febrero de 2003 (RJ 2000/495 y RJ 2003/2607, respectivamente):

“[...] la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 Dic. 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario). Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesorio del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la

⁴⁶⁴ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, p. 321.

determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad (cfr. Resoluciones de 23 Mar. 1994 y 28 Abr. 1999)”.

Para GARCÍA GARCÍA, la resolución de 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2028) “[...] merece una crítica muy negativa en cuanto alude a que en caso de acreedores solidarios no se necesita determinar la participación correspondiente a cada uno, bastando la expresión de la solidaridad. Con esta doctrina sobre los acreedores solidarios se confunde [...] la obligación con el derecho real de hipoteca; se desconoce que el crédito solidario garantizado con hipoteca es susceptible de tráfico, y concretamente de transmisión, herencia, hipoteca o embargo, pues en tales supuestos no sabría el adquirente qué es lo que ha adquirido o embargado en contra del principio de determinación; y se parte, al parecer, de que es indiferente el destino de la parte del dinero correspondiente al otro acreedor solidario que no insta la ejecución hipotecaria, dejándole en absoluta indefensión, pues si no existen partes, no se sabrá cuál es la cantidad que le corresponde en caso de ejecución, y se da vía libre a la tesis de la cancelación total de la hipoteca por actuación de un solo acreedor, lo cual es inadmisibile, existiendo un titularidad real hipotecaria”⁴⁶⁵.

En contra de lo anterior, BLASCO GASCÓ señala que “si la comunidad es ordinaria o romana, se deberá indicar la cuota o participación de cada uno de los comuneros en el crédito garantizado (ex arts. 9-2 LH y 51 RH)” pues, como señala anteriormente, “debe entenderse que hay tantas hipotecas distintas e independientes como acreedores hipotecarios”. Por el contrario, “si el crédito es mancomunado (en mano común), sólo hay una hipoteca, como sólo hay un crédito” y en este caso “no parece haber inconveniente en que se pacte un ejercicio de las facultades y acciones hipotecarias de carácter solidario [entiendo que debería decir “colectivo”]”⁴⁶⁶.

En la misma línea se pronuncia CORDERO LOBATO: “si el crédito se configura como solidario, es irrelevante determinar la cuota que a cada acreedor solidario corresponde en la relación interna, que no tiene por qué constar en la inscripción, pues

⁴⁶⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *El procedimiento judicial sumario...*, op. cit., p. 117.

⁴⁶⁶ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria...*, op. cit., p. 93. En sentido análogo, RENTERÍA AROCENA admite abiertamente la posibilidad de que la comunidad en la hipoteca sea en mano común, cuando el crédito es en mano común, admitiendo la génesis convencional de este tipo de comunidad: “el crédito en mano común puede surgir de la voluntad de los interesados” (RENTERÍA AROCENA, Alfonso: Seminario de Derecho Registral, Bilbao, 10 de noviembre de 2009).

ello resulta indiferente para el deudor y los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. En cualquier caso, la constitución de hipoteca a favor de varios acreedores requerirá que la inscripción exprese bien el carácter solidario del crédito, bien la participación que en el crédito parciario garantizado corresponde a cada acreedor (cfr. art. 54 RH) sin que, a estos efectos, baste la presunción de igualdad de cuotas derivada de los arts. 393 y 1138 CC”⁴⁶⁷.

En consecuencia, resulta indiscutible la necesidad de la individualización de las cuotas que corresponden a los acreedores parciarios para la inscripción de la hipoteca. Y así, entre muchas otras, la RDGRN de 1 de marzo de 1994 (RJ 1994/2017) establece que en los casos de acreedores mancomunados, es necesaria la determinación de cuotas de la hipoteca, salvo que el régimen previsto para los avalistas posteriores sea claro respecto a las vicisitudes ulteriores. En el mismo sentido se expresan varias resoluciones, al no considerar suficiente la presunción de igualdad de los artículos 393 CC y 1.138 CC, pues, dado su carácter, no definen la extensión del derecho (todo ello, por exigencias del principio de especialidad): 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2028), 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7928), 28 de abril de 1999 (RJ 1999/2223). También se exige la constancia de las cuotas de titularidad en la propiedad especial de “engalabernos” de porciones de fincas empotradas, aun cuando no existan elementos comunes (RDGRN de 20 de julio de 1998, RJ 1998/5975) u, obviamente, cuando existe una comunidad romana (que es precisamente el supuesto de hecho del art. 54 RH) (RDGRN de 22 de diciembre de 1949, RJ 1949/336).

Pero mientras que la constancia de las cuotas del art. 54 RH es exigible cuando la cotitularidad sobre el derecho se asienta en una comunidad ordinaria, romana o por cuotas (“*Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho [...] reza el art. 54 RH, precisamente para hacer aplicable el mandato legal de constancia de las cuotas que contiene a ese caso, pero sólo a ese caso*”), no así cuando no existen cuotas en la relación externa a los condueños, como ocurre en las titularidades solidarias o en mano común.

La Resolución de la DGRN de 17 de marzo de 1966 (La Ley 5/1966) declara que el art. 54 RH no es aplicable respecto de los derechos de fideicomisario condicional del derecho catalán en el que existe una indeterminación consustancial del propio derecho

⁴⁶⁷

CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., vol. I, p. 803.

del fideicomisario:

“[...] que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional, la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario que al establecer la regla general sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos, en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca [...]”.

La RDGRN de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/7323) considera inaplicable el art. 54 RH a la constitución de un usufructo vitalicio a favor de tres personas, con carácter simultáneo y sucesivo, por aplicación del derecho de acrecer que se establece en el art. 521 (para el usufructo en favor de varios usufructuarios) y el art. 982.1 CC (para la sucesión). La consignación del carácter “*simultáneo*” es suficiente para delimitar el derecho de cada uno de los usufructuarios, pues (a diferencia de los usufructos conjuntos con fijación específica de cuota, o de los usufructos simultáneos sobre un mismo bien pero concretando cada uno de ellos a una cuota determinada del bien que se grava, como señaló posteriormente la RDGRN de 22 de abril de 2003, RJ 2003/4141) en este caso “*todos quedan llamados al todo (con las consecuencias que ello implica en la relación frente al nudo propietario) y tal concurrencia de derechos de idéntico contenido sobre el mismo objeto que determina por sí sola la igualdad en aquel reparto o, en caso de fallecimiento de uno de los usufructuarios, el acrecimiento previsto en el artículo 521 y 982-1 del Código Civil*”.

Las RRDGRN de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/2049) y de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8822) señalan que “*el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse en favor de todos los socios, si bien al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del*

derecho que se inscribe (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sentencias de 12 de julio de 1996 y Resolución de este centro directivo de 25 de marzo de 1993)”. Aunque la RDGRN de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/2154) varió el criterio en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles no inscritas, la doctrina de las resoluciones citadas continúa siendo válida para aquellos supuestos de cotitularidad donde no existe personificación.

Efectivamente, la RDGRN de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993/2365) reconoce que, además de la comunidad ordinaria por cuotas indivisas, caben otras formas de comunidad en las que la cotitularidad no recae sobre un bien, sino sobre un conjunto patrimonial. Por eso, cabe el acceso al registro del régimen especial derivado de las UTEs, siempre que se hagan constar en la inscripción “[...] *las circunstancias necesarias para que quede expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) tal como resulte de la realidad sustantiva acreditada por la titulación presentada al Registro*”.

Mientras las RRDGRN de 13 de abril de 2000 (RJ 2000/2750) y 3 de febrero de 2004 (RJ 2004/911) aplican el art. 54 RH respecto de la necesidad de determinación ideal de las cuotas sobre el bien adjudicado en operaciones divisorias aprobadas judicialmente, las de 30 de enero de 2003 y 10 de septiembre de 2009 (RJ 2003/2602 y RJ 2009/4569, respectivamente) admiten las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en procedimientos de quiebra a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin individualización de cuotas, a pesar de carecer de personalidad jurídica por “[...] *la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter “en mano común” de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores [...]*” y ello porque aunque estas colectividades –sindicatos de acreedores– no estén perfectamente identificadas en su composición, sí están “[...] *plenamente articuladas para su funcionamiento, sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral*”. Si se puede lo más (comunidad sin cuotas respecto del dominio), se debe poder también lo menos (hipoteca sin cuotas).

Por último, los intereses de los terceros hipotecarios no se ven agredidos por la

falta de determinación de la cuota de cada acreedor en la hipoteca, ni esta ausencia contradice el principio de especialidad si el registro da cuenta de la naturaleza en mano común de la hipoteca, del régimen de actuación exigible para el ejercicio de las acciones hipotecarias, la cancelación de la hipoteca, etc.

3.2 Pluralidad de acreedores por créditos distintos

¿Y qué ocurriría si se garantiza con una hipoteca flotante dos o más obligaciones de acreedores diferentes⁴⁶⁸? Difícilmente se podrá decir, en ese caso, que la cotitularidad en el crédito debe trasladarse a la garantía por mor del principio de accesoriedad de la hipoteca, pues no existiría cotitularidad alguna en los créditos, sino una mera reunión o agrupación convencional (porque así lo quieren las partes en la constitución de la hipoteca) en el objeto de la hipoteca, en las obligaciones aseguradas por la hipoteca. Se podrá defender que existe algún tipo de comunidad o cotitularidad entre los acreedores sobre el derecho real, pero en ningún caso se puede predicar cosa parecida en la relación crediticia (porque los créditos asegurados son de diferentes titulares).

La accesoriedad de la hipoteca, en este caso, parece oponerse a que se atribuya a cada uno de los acreedores hipotecarios una cuota en la hipoteca igual a la que represente su respectivo crédito en la suma de todos ellos (en defecto de pacto). Es decir, si la titularidad en el crédito, por el principio de accesoriedad, se traslada a la hipoteca, mal se podrá defender que, no existiendo ninguna relación de co-titularidad respecto de todos los créditos asegurados (por tener distinta naturaleza, existir divergencia de cuotas entre unos y otros, etc.), la relación de cotitularidad que se ostente sobre la flotante sea precisamente por cuotas. Ni siquiera los que rechazan la validez de una comunidad en mano común en nuestro Derecho fuera de los casos legalmente previstos podrán afirmar que una hipoteca flotante en garantía de dos obligaciones distintas a favor de dos distintas comunidades hereditarias tiene que entenderse como una hipoteca en comunidad romana y fijarse las cuotas de los dos grupos de herederos.

En caso de existencia de varios créditos de distintos acreedores, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos pactada

⁴⁶⁸ En el derecho histórico alemán, se negaba la posibilidad de garantizar de propósito con una única hipoteca obligaciones diferentes a favor de acreedores distintos, pero se otorgaba protección hipotecaria en caso de resultar esta circunstancia de negocios jurídicos sobrevenidos (cesión, subrogación, etc.) (sentencia del Tribunal del Reich RGZ 75,249; JW 1916, 740). Esta oposición se ha superado en base, sobre todo, a la *Höchstbetragshypothek* del 1190 BGB.

entre las partes, existirá una relación de comunidad “pro indiviso” de los acreedores sobre la flotante en la que el ejercicio de las acciones hipotecarias sólo pueda corresponder a la totalidad de los comuneros (acreedores hipotecarios) o a uno sólo, en beneficio de la comunidad, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si queda pactada la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca (por previsión al efecto en la escritura de constitución o por determinación del acreedor o acreedores –y los titulares de derechos sobre el crédito o créditos hipotecarios– con posterioridad).

Y cabe también, si las partes no quieren establecer la cuota en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, que se constituya una comunidad en mano común sobre la hipoteca flotante (pudiendo no existir cualquier forma de copropiedad entre los créditos garantizados o cotitularidades sobre éstos distintas de la mancomunidad que las partes quieren para la hipoteca).

Caben hipotecas flotantes en garantía de varias obligaciones, aun cuando no exista conexión causal alguna entre ellas. Y ello porque lo dice la Ley (art. 153 bis LH), sin necesidad de acudir a construcciones doctrinales o precedentes jurisprudenciales. Y cabe (porque la Ley no lo prohíbe) que los créditos garantizados por una hipoteca flotante sean de distintos acreedores (no me refiero aquí a que los créditos garantizados pertenezcan a una pluralidad de acreedores, sino que cada crédito pertenezca a un acreedor diferente). Y cabe (porque la Ley no lo prohíbe) que algunos de esos créditos sean solidarios, otros parciarios, otros en mano común y otros, en fin, propiedad de un único acreedor. De forma que no necesariamente la co-titularidad sobre la hipoteca resulta de la existencia de una única e igual cotitularidad entre todos los acreedores en todos y cada uno de los créditos garantizados. Y es posible que las partes de una hipoteca flotante establezcan qué porciones de la responsabilidad máxima hipotecaria quedan garantizando cada uno de los créditos. Como es posible que las partes establezcan sobre la hipoteca una comunidad romana en favor de los acreedores, y determinen la cuota de cada uno de ellos en la hipoteca (y, de esa forma, la medida en que cada uno de ellos podría servirse aisladamente de la hipoteca). Pero la Ley no les impone ninguna de esas dos determinaciones (ni el reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas; ni la constitución de una comunidad romana sobre la hipoteca, que puede no existir sobre los créditos garantizados). También pueden establecer una comunidad en mano común sobre la hipoteca,

atribuyendo el ejercicio de las acciones hipotecarias al mancomún. Porque, en ausencia de una determinación convencional al respecto, no puede llegarse a otra conclusión (cualquiera que sea la opción que se tome en torno a la forma de articular las relaciones entre los propietarios de la hipoteca) que el ejercicio de las acciones hipotecarias corresponde a todos los acreedores hipotecarios. Tanto si se mantiene que en Derecho español no cabe otra forma de comunidad que la romana (lo que se niega), como si se admite una mano común, hay necesariamente que sostener, en ausencia de una determinación convencional de las partes en torno a la cuota de cada acreedor hipotecario en la hipoteca o de la porción de la responsabilidad hipotecaria que garantiza cada obligación, que sólo los acreedores hipotecarios, actuando de consuno, pueden ejercitar las acciones hipotecarias. La posibilidad de que sean las partes las que configuren, sobre la base de la autonomía de la voluntad, qué tipo de co-titularidad ostentan los acreedores respecto del derecho real, al margen de cuál sea la que exista (si existe) respecto de los créditos garantizados fue sentada de forma expresa por la RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168). Se ha reiterado posteriormente en las RRDGRN de 29 de noviembre de 2012 (JUR 2012/396127)⁴⁶⁹ y 1 de diciembre de 2012 (BOE n.º 4, de 4 de enero de 2013)⁴⁷⁰.

La motivación de las partes al establecer una titularidad en mano común sobre la hipoteca debe merecer todo el respaldo del Derecho⁴⁷¹. Con independencia de su importe, los créditos garantizados por una hipoteca flotante pueden ser muy distintos

⁴⁶⁹ “De nuestro ordenamiento jurídico resulta que este tipo de obligaciones se caracterizan por la necesaria acción conjunta de todos los acreedores para su ejercicio frente al deudor (y sin perjuicio de la eventual existencia de pactos aplicables exclusivamente entre los acreedores). Se esta suerte, sólo la acción conjunta de los acreedores es admisible ya sea para extinguir el pago de la prestación en que esta consista, ya sea para modificarla o transmitirla, ya sea para extinguirla (artículo 1.139 del Código Civil). Siendo indiferente a los efectos de este expediente si el carácter conjunto de la obligación resulta de la voluntad de las partes (Resolución de 23 de julio de 1999 [RJ 1999, 6081]) o de la indivisibilidad de la prestación (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002 [RJ 2002, 2313]) [...]” (F.D. 6.º).

⁴⁷⁰ “Tampoco es preciso en este supuesto que exista un pacto expreso relativo al modo de ejercer el derecho [de hipoteca] o de llevar a cabo su ejecución, pues es la propia regulación legal derivada de la naturaleza de la obligación [en mano común] la que impone su ejercicio conjunto (a diferencia de aquellos supuestos en los que dicha circunstancia deriva de la voluntad de las partes, Resolución de 8 de junio de 2011)” (F.D. 6.º).

⁴⁷¹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial de la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 467: “La ventaja de esta titularidad [«en mano común»] radica en que, por un lado, impide la ejecución autónoma de la hipoteca por un solo acreedor en perjuicio de los otros -solidaridad- y, por otro, permite aprovechar todas las potencialidades de la hipoteca flotante, pues la parciariedad implica la existencia de una pluralidad de hipotecas -artículo 1130 del Código Civil- con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario de subsistencia de las hipotecas de igual rango no ejecutadas, lo que impide que los acreedores puedan realizar el bien, en caso de vencimiento de un crédito cualquiera, hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria global”. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, p. 266.

unos de otros: pueden tener distintos calendarios de amortización, disfrutar de garantías adicionales a la hipoteca unos sí y no otros, o tener atribuida distinta importancia a efectos de las relaciones internas entre deudor y acreedores. Esta potencial diferencia radical entre los créditos asegurados por una hipoteca flotante es la que determina que, en ausencia de determinación convencional al efecto, no se pueda en absoluto presuponer que corresponda a los acreedores hipotecarios una cuota igual en la hipoteca (que no existe en los créditos garantizados) (como resultaría del art. 1.138 CC), ni que corresponda a cada acreedor hipotecario una cuota en la hipoteca igual al porcentaje matemático que representa su crédito (o suma de créditos) en la suma total de los créditos garantizados por la hipoteca. Hacer algo así supondría una grosera simplificación de la complejidad del tráfico y de las relaciones entre las partes.

Se entenderá mejor con un ejemplo: la sociedad Deudor, S.A. constituye hipoteca flotante a favor de Banco 1, Banco 2 y Banco 3, con una responsabilidad máxima hipotecaria de 10.000, en garantía de las siguientes obligaciones:

- (a) Un préstamo sindicado de 5.000 de principal, en el que participan Banco 1, Banco 2 y Banco 3, en la proporción de 10%, 20% y 50%;
- (b) Una línea de avales sindicada, completamente dispuesta y de 4.000 de principal, en la que participan Banco 1 y Banco 3 en la proporción de 25%-75%;
- (c) Un préstamo bilateral del Banco 2 de 2.000 de principal; y
- (d) Un crédito, íntegramente dispuesto, de Banco 3 de 2.000 de principal.

Pues bien, lo que digo que es una burda simplificación de la realidad presuponer, en ausencia de determinación convencional, que la comunidad existente entre los bancos en la hipoteca flotante es precisamente una comunidad romana con las siguientes cuotas: Banco 1: 11,53% (esto es, $[10\% \text{ de } 5.000 + 25\% \text{ de } 4.000]/13.000$); Banco 2: 23,07% (esto es, $[20\% \text{ de } 5.000 + 2.000]/13.000$) y Banco 3: 57,69% (o sea, $[50\% \text{ de } 5.000 + 75\% \text{ de } 4.000 + 2.000]/13.000$).

El siguiente ejemplo permite visualizar, aún mejor, la irrazonabilidad del planteamiento que se combate: la sociedad Deudor, S.A. constituye una hipoteca flotante a favor de Banco 1, Banco 2 y Banco 3, con una responsabilidad máxima hipotecaria de 10.000, en garantía de las siguientes obligaciones:

- (a) Un préstamo bilateral del Banco 1 de 2.000 de principal;
- (b) Un préstamo bilateral del Banco 2 de 3.500 de principal; y
- (c) Un crédito, parcialmente dispuesto, de Banco 3 de 1.500 de principal.

¿En base a qué considerar que estos tres acreedores, que no comparten crédito alguno, son comuneros en una comunidad por cuotas en la hipoteca flotante, precisamente con las cuotas de Banco 1: 26,9% (2.000/7.000); Banco 2: 50% (3.500/7.000) y Banco 3: 21,42% (1.500/7.000)?

3.3 Aplicabilidad del artículo 54 del Reglamento Hipotecario

Es precisamente por la radical divergencia que puede existir entre las titularidades de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por lo que resulta más inconsecuente la exigencia de hacer constar, en todo caso, las cuotas de titularidad de los acreedores hipotecarios en la hipoteca: ¿se quiere acaso imponer para la inscripción de la hipoteca en este caso la simplificación de sumar los nominales de los créditos garantizados y determinar el porcentaje nominal que corresponde a cualquiera de los acreedores sobre el total de los créditos garantizados⁴⁷²? ¿o que se establezcan distintas cuotas para cada uno de los acreedores hipotecarios, una por cada uno de los créditos garantizados por la hipoteca? ¿qué utilidad o ventaja reportaría a los restantes acreedores del deudor o de los hipotecantes, a los titulares de cualesquiera derechos inscritos sobre los bienes con posterioridad a la hipoteca o a los acreedores de los propios acreedores hipotecarios la constancia registral de los múltiples porcentajes que representa, para cada uno de los acreedores hipotecarios, su cuota en cada uno de los créditos garantizados con la hipoteca?

Cuando una hipoteca flotante garantiza más de un crédito, cada uno de ellos de acreedores distintos, no es posible atribuir a cualquiera de ellos una cuota en la hipoteca flotante en proporción al peso matemático, puramente nocional, que tenga cada crédito en la suma de los créditos, obviamente, salvo que los acreedores hipotecarios así lo quieran. Y ello por la simple razón de que cada crédito puede tener distinta naturaleza, distinta antigüedad, gozar de distintas garantías o condiciones económicas, merecer muy diferente solvencia, etc., y resulta por ello absolutamente simplista (casi reduccionista) asumir que la cuota en que cada acreedor hipotecario puede servirse de la hipoteca

⁴⁷² Es “*como sumar peras y manzanas*”, escribimos, abusando de la informalidad, en AZOFRA VEGAS, Fernando, OLIVA DOMÍNGUEZ, José María y ALONSO LAPORTA, José Luis: “Hipotecas en mano común”, *RCDI* n.º 725, junio 2011, p. 1.316.

flotante viene necesaria e indefectiblemente determinada por el porcentaje matemático que represente su crédito en el sumatorio de los créditos garantizados. Sólo será así cuando los acreedores hipotecarios así lo quieran, y no lo querrán, previsiblemente, si efectivamente existen divergencias cualitativas importantes entre los créditos. ¿Por qué habría de aceptar el acreedor de una deuda por principal de 100 € una cuota del 50% de una hipoteca flotante que garantizase ese crédito y otro también de 100 € pero de naturaleza subordinada? Y es que, para que la hipoteca flotante pueda desplegar toda la virtualidad que el legislador ha querido concederle como instrumento adecuado a las nuevas exigencias del tráfico económico (*“la mejora de los instrumentos de financiación”* a la que se refiere la parte final del Apartado I del Preámbulo de la Ley 41/2007 o *“alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado”* a que se refiere el Apartado V del Preámbulo y aún antes, el objetivo de *“facilitar la diversidad de productos ofertados”* que señaló la proposición no de ley de 15 de febrero de 2005 para la modificación del marco hipotecario, antecedente remoto de la Ley 41/2007) es necesario reconocer, sin reservas, que puede servir como garantía de varios créditos, pertenecientes a distintos acreedores (como en el ejemplo numérico anterior), sin que se imponga al hipotecante o a los acreedores hipotecarios cortapisas o limitaciones no exigidas legalmente, que, por cierto, tampoco aprovechan a los terceros, registrales o no.

Si los créditos tienen calendarios de amortización dispares, la vida esperable de cada uno será distinta y se irán amortizando acelerada o retardadamente unos respecto de otros. Al recurrir al instrumento de la hipoteca flotante, sin distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los créditos y sin establecer una comunidad por cuotas entre los acreedores, las partes buscan, entre otros efectos, que, en caso de amortización o extinción de alguno de los créditos, la hipoteca permanezca inalterada, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria máxima inicial, en garantía de los aún pendientes. Por el contrario, al hacer constar una cuota de participación de cada acreedor en el derecho de hipoteca, se estaría llevando a cabo una asignación de responsabilidad hipotecaria para cada obligación, que es precisamente lo que las partes pueden querer evitar. Si en ese caso se llevara a cabo la amortización de alguno de los créditos, la responsabilidad hipotecaria asignada a éste ya no podría ser utilizada en la ejecución por impago de los restantes créditos (se habrá producido el avance de puesto de los titulares registrales

posteriores).

La cuota matemática de cada acreedor en el sumatorio de los créditos garantizados es irrelevante para las partes y para los terceros ajenos a las partes (sean o no titulares de derechos inscritos en el registro con rango posterior a la hipoteca), si no han querido las partes que sea esa cuota matemática la que determine, precisamente, la extensión de los derechos de agresión respecto del bien de cada acreedor hipotecario⁴⁷³. Y más allá de que pueda carecer de sentido económico y negocial tal determinación matemática, lo relevante es que las partes de una hipoteca flotante en garantía de varias obligaciones no tienen obligación alguna de asumir dicha determinación bajo ninguna exigencia legal, ni en el art. 153 bis LH, ni en ninguna otra norma con rango de ley, ni siquiera en el art. 54 RH que sólo se aplica en los casos en los que existan “*partes indivisas de una finca o derecho*”.

La premisa de interpretación de la normativa reguladora de la hipoteca flotante ha de ser, precisamente, la de la búsqueda de la flexibilidad, pues así lo impone el preámbulo de la Ley 41/2007: “*la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]*”. También es indicativo, a estos efectos, que la misma introducción del art. 153 bis LH se efectúa a través del Capítulo VI de la Ley 41/2007 que no por casualidad lleva por título “*Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*”. En el mismo sentido va orientado el mandato específico que el preámbulo de la Ley 41/2007

⁴⁷³

RENTERÍA AROCENA, Alfonso (*op. cit.*) ha declarado lo siguiente en torno a la posibilidad de que se fijen cuotas de participación en la hipoteca diferentes de las que resultaría del sumatorio simple o matemático de los créditos garantizados: “*No se aprecia tampoco inconveniente alguno en la fijación de unas cuotas de participación de los diferentes acreedores en la hipoteca en porcentaje distinto al que resultaría de la proporción del principal de cada obligación (el artículo 54 RH no exige tal correspondencia), máxime cuando la determinación de estas cuotas no se hace arbitrariamente sino en función de unas fórmulas que se establecen en la escritura; no obstante, se considera que la responsabilidad hipotecaria máxima para cada acreedor, calculada en función de su cuota, no puede superar el importe total de los créditos de que sea titular y que resulten cubiertos por la hipoteca flotante (como consecuencia del carácter accesorio de esta última y teniendo en cuenta que todos los créditos garantizados son preexistentes al gravamen)*”.

efectúa a notarios y registradores:

*“La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes”*⁴⁷⁴.

Exigir la expresión de la cuota que corresponde a cada acreedor en la hipoteca flotante, cuando ésta garantiza obligaciones de distintos acreedores y las partes de la relación no quieren asignarla, desnaturalizaría la figura y la haría inútil en muchos casos.

En última instancia, la articulación convencional de los acreedores en torno a la naturaleza y extensión de la relación de cotitularidad en la hipoteca guarda gran semejanza funcional con aquellos pactos de reparto del producto de la ejecución entre los co-acreedores hipotecarios a que se refiere, admitiéndolos sin titubeos, la STS n.º 10/2004 de 20 de enero de 2004 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 2004/204): *“el pacto en cuestión sólo afecta inicialmente a los coacreedores, no afecta a terceros, ni siquiera al deudor; pertenece en exclusiva a la esfera negocial de los coacreedores y no altera rangos hipotecarios ni supone más que una convención entre ellos”*. En efecto, sigue diciendo esta sentencia, *“existe un sustrato negocial establecido entre las tres entidades prestamistas [...], en virtud del cual, éstas, además de establecer un régimen de solidaridad activa para la exigencia de su crédito (proposición final del artículo 1.137 del Código Civil [...]), deciden una especial regulación de la relación interna existente entre ellas en cuanto exclusivas acreedoras, regulación perfectamente posible tal y como nos demuestra el artículo 1.140 del Código Civil y que encarna en la preeminencia dada a una de tales acreedoras [...] y en la preferencia otorgada a esa misma acreedora para hacer propios y en determinadas condiciones, los primeros*

⁴⁷⁴

La “Circular 7/2007 relativa a la Ley 41/2007” del Decano del Colegio de Registradores, aprobada en la Junta de Gobierno del Colegio de 11 de diciembre del 2007 se hace eco de este mandato, que interpreta como una llamada directa a la cooperación registral necesaria para la buena marcha del mercado hipotecario, sin mengua (eso sí) de la calificación registral.

quinientos millones de pesetas que se obtuviesen con la realización de la finca hipotecada [...]”.

En idéntica línea, señala VALERO FERNÁNDEZ-REYES que “*si las partes pactan expresamente una titularidad «en mano común», ninguna objeción debe existir a su inscripción si los pactos acordados se ajustan a la naturaleza de la misma [...]*”. Admite abiertamente este autor el establecimiento convencional de la titularidad en mano común sobre la hipoteca⁴⁷⁵. Sin embargo, parece limitar la posibilidad del establecimiento de una titularidad en mano común o unitaria sobre la garantía en aquellos casos en que exista una operación conjunta a nivel crediticio entre el deudor y los acreedores (aunque cada uno de ellos puedan mantener créditos absolutamente diferentes), un *destino vinculante* (en principio, *indisoluble*) en esa operación financiera subyacente conjunta (como la que se da, paradigmáticamente, en los acuerdos globales de refinanciación). En estos casos, la sindicación querida por las partes busca, precisamente, evitar la asignación de cuotas en la obligación (para que no sea aplicable el art. 1.138 CC ni, en consecuencia, pueda ninguno de los acreedores, individualmente, invocar el art 227 RH para ejecutar aisladamente)⁴⁷⁶. Por lo expuesto hasta ahora, se entenderá que no comparta esta última limitación: la autonomía de la voluntad justifica la validez y plena eficacia de estos pactos, sea en el seno de una operación de refinanciación preconcursal (ya se beneficie, ya no, de las inmunidades establecidas en el art. 71.6 LC), sea en cualquier otro contexto. En efecto, no se advierte ni se entiende por qué deben merecer distinto tratamiento las hipotecas flotantes en mano común constituidas en el seno de un acuerdo global de refinanciación preconcursal que en cualquier otro supuesto mediando en ambos casos el mismo pacto entre las partes.

En favor de esta visión abierta, flexible, se pronunció la Comisión Técnica de Criterios de Calificación (sección Hipoteca) del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España en su informe de 10 de mayo de 2010:

⁴⁷⁵ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial...” *op. cit.*, p. 467: “Esta titularidad «en mano común» cuya principal característica es que el ejercicio de la acción de ejecución corresponde conjuntamente a todos los acreedores, se encuentra insuficientemente regulada en el Código Civil -únicamente existe una referencia en los artículos 1139 y 1150- y según Díez-PICAZO, es posible, bien porque exista una objetiva indivisibilidad del crédito, o bien porque los acreedores lo acuerden así expresamente. El derecho o proporción último de cada acreedor vendrá determinado por la cantidad que cada uno haya prestado, pero ello es indiferente a la hipoteca, pues sólo afectará a las relaciones internas entre los acreedores”.

⁴⁷⁶ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores...”, *op. cit.*, p. 2.766. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, pp. 219-222.

“[...] se ha de entender que la determinación de cuotas, prevenidas en el artículo 54 del RH, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están «completamente identificados», existe una entidad -el Agente- «legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes», ostentan [...] una titularidad semejante a la «en mano común» y, finalmente, tienen una «perfecta articulación en su funcionamiento”.

Ya esta comisión había mantenido una opinión positiva desde octubre de 2008 en el contexto de la primera refinanciación de una de las grandes inmobiliarias del país. Al igual que señalaba VALERO, esta opinión favorable de la Comisión parece circunscrita a los supuestos de sindicación entre acreedores (bancarios) habituales en los expedientes de refinanciación preconcursal pues se basa, en gran medida, en la aplicación analógica de los principios asentados por las RRDGRN de 30 de enero de 2003 (RJ2003/2602) y 10 de septiembre de 2009 (RJ 2009/4569) citadas sobre cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas en procedimientos de quiebra sobre la pluralidad de acreedores que constituye el sindicato de acreedores. Nuevamente, sin poder compartir esta limitación del alcance, coincido con la conclusión fundamental, que es la de la admisibilidad de la hipoteca flotante en mano común en garantía de varios créditos, porque así lo quieren las partes.

Por su parte, SARMIENTO considera que *“cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia asegurada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario, sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros o pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en estos convenios de financiación [...] en que los créditos de cada entidad se mantienen independientes pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es imprescindible la fijación de cuotas en esta garantía real”*⁴⁷⁷. Aduce al respecto varias razones:

- (a) Admitida la idea de que a una única hipoteca le corresponde una única ejecución (salvo el caso de amortización gradual o similares supuestos, como la hipoteca de

⁴⁷⁷ QUESADA PÁEZ, Abigail: “Hipoteca...”, *op. cit.*, p. 622, invocando la opinión de Juan SARMIENTO.

rentas o la hipoteca en garantía de títulos al portador), lo importante no será propiamente la determinación de cuotas en el derecho real, sino la determinación de un régimen adecuado para su ejecución. Este régimen puede (i) inferirse directamente, sin necesidad de norma específica, de la concreta naturaleza de la obligación asegurada (si el crédito es solidario, cualquier acreedor puede instar la ejecución a favor de todos –*cfr.* art. 1.141 y 1.143 CC–, si es parciario, los arts. 397 y 398 CC resolverán la cuestión, etc.) o (ii) ser específicamente pactado, cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia garantizada y para que se sobreponga al régimen que pudiera resultar de dicha situación crediticia (*cfr.* art. 392-2 CC).

- (b) La hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc. Estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (*cfr.* art. 1.528 CC). Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que esta quede bien perfilada en el asiento registral, y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a cada una de las varias entidades acreedores llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento. En consecuencia, desde la perspectiva de la transmisión en la cotitularidad de la hipoteca, no es necesario que inicialmente consten las respectivas cuotas en la inscripción, pues reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca sin necesidad de mayores especificaciones (*cfr.* nueva redacción del art. 149 LH introducida en la Ley 41/2007).
- (c) Tampoco para la cancelación resulta necesaria la fijación de cuotas, porque como la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague toda la obligación garantizada (*cfr.* arts. 122 LH ó 179 RH) resultará necesaria la unanimidad para su total cancelación.

Lo esencial, según SARMIENTO, “*no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos pertenecientes a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho único con pluralidad de titulares*”.

Todo lo anterior es, si cabe, más evidente en el caso de que la hipoteca garantice obligaciones futuras de varios acreedores. Con anterioridad a que surja el crédito de un determinado acreedor que, de nacer, vendría a quedar cubierto por la hipoteca, ¿qué cuota se le atribuye en la hipoteca? Si la Ley no exige que se divida la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas y permite al acreedor (o acreedores) elegir cuál o cuáles de las obligaciones objetivamente integradas en el objeto de la hipoteca se integran en el “*saldo final líquido garantizado*” (art. 153 bis LH), ¿cómo pueden estar las partes obligadas a hacer constar la cuota que pudiera corresponder a un acreedor futuro, si efectivamente otorga crédito de los cubiertos? ¿Y si finalmente no lo otorga? Esa cuota sólo podría ser estimada al tiempo de la constitución, presumiendo que todas las obligaciones futuras efectivamente surgirán y que lo harán por el importe por el que se estiman (o por el máximo que a estos efectos se les atribuya). Es una simplificación tan nominalista y tan escasamente provechosa respecto de los intereses en juego que debería ser rechazada de plano. Es, creo, una simplificación de la realidad que no responde a la necesidad de proteger ninguno de los derechos o intereses concurrentes, en el presente o en el futuro. ¿A quién aprovecha esa “fossilización” de la titularidad de la hipoteca, anterior a que surja siquiera el crédito o créditos garantizados? Adviértase que si procediéramos como se expone, para cumplir con el art. 54.1 RH, y finalmente alguno de los créditos “estimados” no nace, los demás acreedores habrán visto minorada injustificadamente la cobertura hipotecaria aplicable si hubiéramos respetado la regla de la indiferenciabilidad de la garantía. Y se habrá atribuido al acreedor futuro “estimado” (luego no nacido) un gravamen que en nada le aprovecha, un gravamen meramente aparente. Y si nace ese crédito, pero por cuantía superior a la estimada, como se habrá tenido que asumir un límite para el cálculo, el acreedor concedente no ostentará en la garantía la cuota que le correspondería en la suma de los créditos asegurados. No es eso lo que quieren las partes (ni el deudor ni, desde luego, los acreedores) cuando constituyen una hipoteca flotante en garantía de créditos futuros. Quieren precisamente lo contrario: quieren que el crédito futuro (el acreedor futuro) puedan beneficiarse de la totalidad de la cobertura hipotecaria si llega efectivamente a surgir, si bien aceptan la eventual concurrencia de los demás créditos garantizados respecto del bien hipotecado y su valor. Por supuesto que las partes de una hipoteca flotante pueden pactar qué porción de la responsabilidad hipotecaria se atribuirá a cada crédito futuro garantizado y, en esa medida, determinar ya qué porción corresponderá en cada uno de los distintos acreedores futuros en la totalidad de los créditos asegurados (y

determinar que esta será igualmente, su cuota en la hipoteca). Pero no están obligados a nada de eso.

Por último, debo manifestar que, si bien no habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponde en cada crédito, eso no determina, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. Del mismo modo, tal constancia supondría, bien una fosilización de tal información (pues bastaría que se llevara a cabo una amortización dispar para que la inscripción ya quedara desfasada, se produjeran desajustes entre la realidad y lo publicado por el registro, y careciera tal información de toda utilidad para los terceros), o bien una paralización de la dinámica del negocio, obligando a hacer constar en el Registro hasta la menor modificación de la situación del sindicato de entidades acreedoras, cuando lo que precisamente se ha buscado con ese mecanismo extrarregistral es la celeridad en el desarrollo del negocio⁴⁷⁸.

Mediante resolución de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168), la DGRN ha sancionado la validez de una hipoteca flotante en mano común de génesis convencional

⁴⁷⁸ Se incluye, a continuación, nota de calificación de la inscripción de una hipoteca flotante en mano común que quedó inscrita en 173 registros de la propiedad: “[...] *ha quedado inscrito en DERECHO REAL DE HIPOTECA que garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los TRAMOS... y de las que se deriven de los contratos de cobertura sobre esta finca a favor de las entidades..., manteniendo conjuntamente todos y cada uno de ellos la titularidad del derecho real, sin atribución de cuotas de participación... E igualmente inscribo el DERECHO REAL DE HIPOTECA que garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tramo A [hipoteca ordinaria, también formalizada en la misma escritura] sobre esta finca a favor de las entidades...quedando ambas hipotecas inscritas con IDÉNTICO RANGO REGISTRAL en la proporción correspondiente a su participación en la obligación garantizada y en los términos indicados en el título...y con la extensión que resulta de la certificación literal que se acompaña*”. “*La responsabilidad hipotecaria total de la Hipoteca Flotante asciende a la cantidad de... euros, que se distribuye entre las fincas de acuerdo con la tabla anexada a la escritura que inscribo... La finca de este número responde en la Hipoteca Flotante de... euros...*”. “*Conforme a lo prevenido en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, no procede la división de la responsabilidad hipotecaria asignada a la Hipoteca Flotante para cada finca entre las diferentes Obligaciones Garantizadas. Dado que la Hipoteca Flotante es de titularidad colectiva y se constituye en beneficio de todos los Acreedores, la titularidad del derecho real la mantienen conjuntamente todos y cada uno de ellos con las consecuencias descritas en la Cláusula 8 respecto de su ejecución, sin que, por expreso acuerdo de las partes, se atribuya cuota alguna por entidad. La cancelación de la Hipoteca Flotante será por tanto siempre colectiva, sin que ningún Acreedor pueda por sí mismo cancelar la Hipoteca Flotante, sin perjuicio claro está de su libérrima facultad de renunciar a sus derechos en la Hipoteca Flotante*”. “*En su virtud, inscribo el DERECHO REAL DE HIPOTECA que garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los TRAMOS... sobre esta finca a favor de las entidades..., manteniendo conjuntamente todos y cada uno de ellos la titularidad del derecho real, sin atribución de cuotas de participación... E igualmente inscribo el DERECHO REAL DE HIPOTECA que garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TRAMO A sobre esta finca a favor de las entidades...quedando ambas hipotecas inscritas con IDÉNTICO RANGO REGISTRAL, en la proporción correspondiente a su participación en la obligación garantizada y en los términos indicados en el título*”.

(esa resolución, en su día impugnada ante los tribunales por el registrador cuya calificación revocó, es firme de conformidad con la sentencia n.º 53/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 48 de Barcelona de 21 de marzo de 2012; juicio verbal n.º 1061/2011, Sección 5A).

La DGRN empieza señalando las distintas posturas en torno a una cotitularidad en mano común sobre la hipoteca: desde aquélla que rechaza dicha posibilidad en base al argumento de que la titularidad germánica sólo se admite en Derecho español en los casos expresamente reconocidos por las leyes (comunidades hereditarias, sociedad de gananciales, montes vecinales en mano común, etc.) a aquélla que acepta una cotitularidad en mano común sobre la hipoteca pero sólo en el caso de que la obligación garantizada sea, así mismo, una obligación en mano común, pasando por la que admite la constitución de una cotitularidad de tal género sobre la hipoteca, aun cuando no exista sobre el crédito o créditos garantizados, con tal de que se establezca un régimen común de sindicación de las obligaciones garantizadas (incluso manteniendo la individualidad o especificidad desde el punto de vista civil). Esta primera reflexión, relativa a la hipoteca en general, adquiere si cabe mayor complejidad en el marco de una hipoteca flotante, habida cuenta de la relajación del principio de accesoriedad presente en este tipo de hipotecas, así como del principio constitucional ínsito en estas hipotecas ya que, al aceptarse como garantía de obligaciones diversas y sin causa común, puede no haber paralelismo alguno entre la cotitularidad sobre el crédito o créditos garantizados y la cotitularidad sobre la hipoteca en sí misma.

A continuación, la DGRN respalda la argumentación de los recurrentes en torno a la articulación convencional de la co-titularidad en la hipoteca. La titularidad plural sobre derechos reales se asienta, en Derecho común, sobre el régimen contenido en los arts. 392 y ss. CC (que excluyen, en principio, la admisión de titularidades solidarias, RDGRN 26 de diciembre de 1946, RJ 1947/22). Este régimen impone, con carácter general, la necesidad de especificar la cuota en la hipoteca de cada co-acreedor (art. 57 LH). El CC toma como modelo básico de la co-titularidad sobre bienes o derechos la comunidad romana y ve en general con disfavor las situaciones de comunidad, considerándolas esencialmente como transitorias (art. 400 CC). No obstante, la autonomía de la voluntad se constituye en elemento básico de la regulación de las co-titularidades (art. 392 CC) y sólo en defecto de ésta, contempla la Ley reglas relativas al disfrute de la cosa o derecho común (arts. 393 y 394), a su administración o disposición

(arts. 396-398 CC) o a su división (art. 400 CC). Aunque el régimen del CC se refiere, esencialmente, al dominio y a los derechos limitados de disfrute, no existe objeción para su extensión a otro tipo de derechos reales, como los de garantía. La exigencia genérica del establecimiento de la cuota individual de cada co-titular en proindiviso del art. 57 RH debe siempre subordinarse a las particulares circunstancias de la comunidad, pues no siempre será imperativo el señalamiento de la cuota para la correcta delimitación del derecho inscrito (RDGRN de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/7323). Aunque la hipoteca es un derecho real más, presenta innegables peculiaridades, fundamentalmente derivadas de que no requiere contacto posesorio con la cosa así como de que la transitoriedad, esencial en las comunidades dominicales y sobre otros derechos de disfrute, que impone el otorgamiento a cada co-titular de la acción de división, es en principio ajena a la comunidad sobre la hipoteca. Es cierto que la finalidad de la hipoteca como garantía de una obligación, que puede ser de cualquier clase (arts. 105 LH y 1.861 CC), la convierte en accesoria del crédito garantizado, de suerte tal que la co-titularidad sobre el crédito se traslada a la co-titularidad de la hipoteca, siendo la determinación registral de las cuotas individuales de los co-acreedores hipotecarios requisito esencial en las hipotecas en garantía de obligaciones parciarias, pero no cuando el crédito plural es solidario o en mano común (RRDGRN de 23 de marzo de 1994 –RJ 1994/2028–, de 28 de abril de 1999 –RJ 1999/2223–, 15 de febrero de 2000 –RJ 2000/495– y de 14 de febrero de 2003 –RJ 2003/2608–). Sentando lo anterior, la DGRN enfatiza el poder de la autonomía de la voluntad para la organización de la pluralidad de titulares de crédito (pudiendo, por ejemplo, atribuir a una obligación carácter indivisible, RDGRN de 23 de julio de 1999, La Ley 352/2000). O el poder de una pluralidad de acreedores de un deudor, incluso sin que existan titularidades plurales sobre los créditos de ese deudor, para establecer pactos o limitaciones en cuanto a los créditos (sin que eso necesariamente afecte a la individualidad de cada crédito, que sigue sujeto a su propio régimen); la hipoteca constituida en garantía de tales créditos no puede quedar ajena a dichas limitaciones o condicionantes en virtud del principio de accesoriedad. Aun cuando no exista co-titularidad alguna sobre los créditos garantizados, la especial comunidad que se conforma entre los acreedores hipotecarios mediante la constitución de una hipoteca que asegura esos distintos créditos puede tener efectos sobre el ejercicio de la acción hipotecaria (y hasta es frecuente que precisamente tenga efectos en esta dimensión de la hipoteca), en forma de mayorías especiales para el desencadenamiento de la acción hipotecaria, admisión o rechazo de la ejecución parcial,

atribución a uno o varios de los acreedores hipotecarios de la administración provisional de la finca e imputación de los rendimientos interinos, etc.

Lamentablemente, la RDGRN se queda algo corta en la argumentación y, en lugar de declarar la validez del pacto convencional configurador de la co-titularidad sobre la hipoteca flotante en los casos en los que no existe una única cotitularidad sobre los créditos asegurados, bien porque son de acreedores diferentes, bien porque varían las cuotas de co-titularidad de los acreedores en las distintas obligaciones garantizadas, liga demasiado la sanción favorable en el caso concreto a la existencia de una situación de refinanciación, a las especiales particularidades de la sindicación de las deudas aseguradas en el caso concreto. A pesar de que no se hace una declaración general o programática, de lo que no hay duda alguna es que la DGRN en esa resolución confirma la validez y plena inscribibilidad de un pacto entre las partes por las que, no existiendo una única situación de co-titularidad sobre todos y cada uno de los créditos garantizados, definen las partes a su voluntad cuál debe ser la co-titularidad de la que gocen los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca, admitiéndose en ese caso una cotitularidad en mano común, que hace innecesaria la constancia de las cuotas de los acreedores en el derecho real de hipoteca.

Por último, debemos plantearnos qué parte o partes ha de consentir la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos asegurados por la flotante. Sin duda, deberá consentirlo el acreedor (art 122 LH) y cualesquiera titulares sobre el derecho del acreedor (el acreedor subhipotecario, por ejemplo). Creo, por lo que se explica en los siguientes apartados, que no es precisa la participación del deudor, ni del hipotecante no deudor, ni de los titulares registrales posteriores.

4. La hipoteca flotante por cuotas variables

Como se ha expuesto, en las situaciones de pluralidad de obligaciones y pluralidad de acreedores, la riqueza y complejidad de la situación crediticia debe obligar a interpretar las reglas hipotecarias (y, en particular, el art. 54 RH) de manera flexible, no estricta, de forma que se permita a acreedores y deudores extraer todo el potencial de la hipoteca flotante. La diferente calidad de las obligaciones aseguradas es, como se ha indicado, un atronador estímulo para que la configuración de la hipoteca se aproxime, de la manera más milimétricamente posible, a la realidad crediticia. Es esto lo que impone el principio de accesoriedad.

En base a lo dicho hasta ahora, podemos admitir dos posibles configuraciones de la hipoteca flotante en caso de pluralidad de obligaciones y de acreedores:

- (a) Una hipoteca flotante en comunidad romana por cuotas fijas.

En la escritura de hipoteca, se fija la responsabilidad hipotecaria atribuida a cada obligación. Puesto que el art. 54.3 RH rechaza la determinación de la cuota de cada acreedor por referencia a “*unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga*”, no bastaría con indicar la porción de responsabilidad atribuida a cada obligación garantizada, existiendo pluralidad de acreedores, sino que se hace necesario indicar la cuota que cada acreedor hipotecario ostentaría en la comunidad romana que se constituiría sobre la hipoteca. Cabría una ejecución parcial por cualquiera de los acreedores (o grupos de acreedores), enajenándose el bien hipotecado con subsistencia de la hipoteca por la responsabilidad hipotecaria atribuida a las obligaciones no ejecutadas (art. 227 RH). Esta configuración presenta, sin embargo, la desventaja de que la amortización de la deuda de un acreedor (o grupo de acreedores) parecería conllevar necesariamente la extinción parcial de la garantía (de forma que la porción de la responsabilidad hipotecaria correspondiente al acreedor o acreedores reembolsados se “pierde”). Las cuotas de cada acreedor establecidas en la escritura originaria quedan definitivamente congeladas.

Un ejemplo podría ser:

“La sociedad Deudor, S.A. constituye hipoteca de máximo flotante al amparo de lo previsto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a favor de Banco 1, Banco 2 y Banco 3, con una responsabilidad máxima hipotecaria de 10.000 €, en garantía de las siguientes obligaciones presentes (sin que la hipoteca se extienda a ninguna otra obligación presente o futura de Deudora, S.A. frente a los citados Bancos):

- (a) *Un préstamo sindicado de 5.000 € de principal, en el que participan Banco 1, Banco 2 y Banco 3, en la proporción de 10%, 20% y 50%, respectivamente, formalizado mediante escritura pública otorgada ante el Notario de [] D. [] el [] de [] de [] (con el número [] de orden de su protocolo);*
- (b) *Una línea de avales sindicada, completamente dispuesta y de 4.000 de*

principal, en la que participan Banco 1 y Banco 2 en la proporción de 25%-75%, respectivamente, formalizada mediante escritura pública otorgada ante el Notario de [] D. [] el [] de [] de [] (con el número [] de orden de su protocolo);

- (c) *Un préstamo bilateral del Banco 2 de 2.000 de principal, formalizado en póliza intervenida por mí, el Notario, el [] de [] de [], con el número [] de mi Libro Registro de Operaciones; y*
- (d) *Un crédito, íntegramente dispuesto, de Banco 1 de 2.000 de principal, formalizado mediante escritura otorgada ante el Notario de [] D. [] el [] de [] de [] (con el número [] de orden de su protocolo).*

La hipoteca flotante se constituye a favor de Banco 1, Banco 2 y Banco 3 en comunidad romana, correspondiendo a cada uno de los acreedores hipotecarios la siguientes cuotas: Banco 1: 22,22%; Banco 2: 38,88% y Banco 3: 27,7%”.

En el caso anterior, como puede comprobarse, se quiso privilegiar la cobertura del préstamo sindicado respecto de las restantes garantizadas, atribuyéndole una cobertura “más que proporcional” (en concreto, por el doble de su nominal), lo que, indefectiblemente, supuso atribuir a las restantes obligaciones una cobertura “menos que proporcional”. Es por eso que al Banco 3 se le atribuye una participación del 27,7% en la hipoteca pese a que la cuota matemática que le correspondería en el total de las obligaciones aseguradas es sólo del 19,23% (o sea, $50\% \cdot 5.000 / 13.000$).

- (b) Hipoteca flotante en mano común.

No se establecen cuotas entre los distintos acreedores. La totalidad de la responsabilidad hipotecaria garantiza todas y cada una de las obligaciones garantizadas. Permite que la amortización de una obligación garantizada produzca el acrecimiento de la responsabilidad hipotecaria de las restantes obligaciones garantizadas. Eso sí, la ejecución de la hipoteca tiene que ser necesariamente colectiva (por la totalidad de los acreedores beneficiarios de la hipoteca), lo que entraña el riesgo de que alguno de los acreedores hipotecarios “*obstaculice*” la ejecución (no aviniéndose a otorgar poderes o a concurrir con los restantes a la ejecución aunque, a efectos de la relación interna entre los co-acreedores, se haya establecido una regla de mayoría para la adopción de las decisiones sobre el

ejercicio de las acciones hipotecarias y la mayoría requerida haya sido alcanzada en el caso concreto). En esta situación, la rebeldía del acreedor a acatar la decisión mayoritaria válidamente adoptada concurriendo a la ejecución puede frustrarla hasta que los restantes co-acreedores obtengan la oportuna resolución judicial frente al co-acreedor incumplidor. El art. 1.239 CC, al establecer que sólo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, ha llevado a algún sector doctrinal a entender que la actuación consorcial es sólo precisa para los actos perjudiciales (la cancelación, por ejemplo), pero no para los beneficiosos, como puede ser la ejecución. Pero se trata de una postura no unánime, en particular porque la naturaleza beneficiosa o perjudicial del acto en muchos casos sólo es posible enjuiciarla *a posteriori* con la sentencia que en su caso resuelva la controversia. De ahí que sean más las voces que defienden que el art. 1.239 CC no proporciona una regla para la resolución de la cuestión cuando lo que está en causa en la ejecución hipotecaria y prefieran acudir, supletoriamente, a la regla mayoritaria del art. 398 CC, pero para ello se hace imprescindible admitir que la ejecución es un acto de administración o mejor disfrute de la hipoteca. Si por el contrario se entiende que la ejecución es un acto de disposición o alteración de la cosa en común⁴⁷⁹, el art. 397 CC nos vuelve a llevar a la unanimidad. Es esta incertidumbre no resuelta de forma concluyente por la jurisprudencia, lo que anima en la práctica a aminorar el riesgo de una futura actuación obstativa por parte de alguno de los co-acreedores por la vía del otorgamiento por los co-acreedores, al tiempo de la constitución de la hipoteca, de poderes irrevocables a favor de uno de ellos, de forma que el designado (frecuentemente, el agente) pueda promover la ejecución en nombre y por cuenta de todos los co-acreedores para el caso de que se logre la mayoría requerida.

Para superar las desventajas de una y otra configuración de la titularidad de los acreedores sobre la hipoteca flotante, ha sido clamorosa la exigencia del tráfico de una articulación de la hipoteca flotante “*por cuotas variables*”. Esto es, una hipoteca en la que la cuota de cada acreedor garantizado varíe, a lo largo de la vida de la hipoteca, ajustándose estrechamente a las vicisitudes de las obligaciones garantizadas. De esta forma, se propone una asignación inicial de la responsabilidad máxima hipotecaria a cada obligación (y, de esta manera, una cuota inicial a cada acreedor en la hipoteca),

⁴⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 184.

pero teniendo tal asignación carácter solamente inicial, no definitivo. Así, la amortización de una de las obligaciones garantizadas no provoca la extinción parcial de la flotante (en la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria que le había sido inicialmente atribuida), sino que pasa a garantizar ahora el resto de las obligaciones garantizadas, de manera que las cuotas de los acreedores de las restantes obligaciones garantizadas “acrecen”.

Esta configuración de la hipoteca permitiría superar algunas de las servidumbres asociadas al establecimiento de cuotas fijas arriba mencionadas (extinción parcial de la hipoteca en caso de extinción de cualquiera de las obligaciones garantizadas) y de la hipoteca en mano común (servidumbre derivada de la necesidad de ejecución colectiva). Es posible que se atribuya a cada obligación una porción asimétrica (no proporcional) de la responsabilidad hipotecaria, de forma que unas obligaciones queden mejor aseguradas que otras, sin la carga de que, a la amortización de unas, se pierda la porción asignada en su garantía, consiguiendo que esa cobertura hipotecaria pase ahora a beneficiar a las restantes obligaciones, y todo ello sin la limitación de tener que acudir a una ejecución colectiva.

Una de las dificultades de este tipo de hipoteca reside en la necesidad de definir cuidadosamente y en función de parámetros objetivos el criterio del que depende dicha cuota variable en el tiempo. También tiene la dificultad de que ha de funcionar “finca a finca” (en el caso de que haya varias hipotecadas) y no sólo respecto de las magnitudes globales (valor de todos los activos hipotecados, deuda total en cada tramo garantizado, etc.).

La hipoteca flotante de cuota variable implica que la cuota que se le asigna a cada obligación garantizada varía en función de determinadas circunstancias hasta el momento de la ejecución y, en ese momento, se calcularía la cuota que corresponde a cada tramo/obligación garantizada. Una de las mecánicas para conseguir este efecto es mediante la utilización de fórmulas matemáticas que relacionen los distintos parámetros relevantes: responsabilidad hipotecaria, saldo vivo de cada obligación, saldo vivo total e incluso LTV (es decir, la posibilidad de sobre o infraponderar la responsabilidad o la cuota que se atribuye a una obligación o a un acreedor). Es una práctica modélica para fijar entre las partes, e informar a los terceros de la manera en que se distribuye la hipoteca entre los acreedores hipotecarios. Sé que a muchos les dará un vértigo tremendo oír hablar del acceso al registro de fórmulas matemáticas; cualquier cosa que

vaya algo más allá de la fijación de un porcentaje (eso sí, ¡con hasta ocho decimales!), creerán que pugna con la seguridad, la protección y la corrección de la información que el registro debe proporcionar, cuando es exactamente lo contrario. Algunos apelarán al inciso final del art. 54.3 RH (“*No se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciere solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga*”) para rechazar la inclusión de fórmulas matemáticas⁴⁸⁰. Pero la invocación al art. 54.3 RH para rechazar esta hipótesis se me hace doblemente errada: por un lado, porque, como he reiterado anteriormente, el presupuesto del art. 54 RH es la existencia de una comunidad romana (“*partes indivisas de una finca o derecho*”), cuando en la hipoteca en garantía de obligaciones distintas, con pluralidad de acreedores y de participaciones en las obligaciones, no se puede hablar de comunidad romana más que si las partes lo quieren. Y por otro, porque la exclusión de las referencias a cantidades, superficies o cosas análoga en el art. 54.3 RH se hace, exclusivamente, con el objetivo de salvaguardar la corrección de la información de los terceros: se pretende evitar que los terceros se engañen en cuanto al contenido del derecho de cada titular y que el registro publique información incorrecta sobre la extensión del derecho de los cotitulares, de forma que sumando las fracciones de cada uno de ellos se supere la extensión o ámbito del derechos en comunidad. Por eso, el artículo excluye una determinación por referencia “*solamente*” a estas magnitudes, sin que en absoluto impida utilizar la referencia a estas magnitudes. Porque, si no se puede entender cumplido el requisito de la determinación de la cuota cuando se efectúa por referencia solamente a cantidades, superficies o cosas análogas, habrá que interpretar que sí se entenderá cumplido si se practica la determinación con referencia a cantidades, superficies y otras magnitudes. Las fórmulas matemáticas por supuesto que pueden delimitar adecuadamente, con absoluto rigor, el alcance del derecho de cada cotitular.

Ni que decir tiene que la fórmula matemática o el criterio que se proponga tiene que ser redondo, en el sentido de que tiene que permitir estimar en toda situación la cuota de los acreedores, sin conducir a resultados absurdos (por ejemplo, la suma de las cuotas de los acreedores supera la unidad). Tampoco parece que sean admisibles los criterios de determinación enteramente dependientes de la voluntad de una de las partes (por violación del art. 1.256 CC), ni siquiera aquéllos que no estén apoyados por esa

480

RENTERÍA AROCENA, Alfonso (*op. cit.*): “*sin que se entienda cumplido este requisito si la determinación se hiciese con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga (como fórmulas matemáticas)*”.

“razón justificativa suficiente” que, de forma general, exige la DGRN para el reconocimiento de la inscribibilidad de las convenciones que afecten al estatuto jurídico-real⁴⁸¹.

Apelando al principio de determinación hipotecaria, se ha rechazado la hipoteca flotante por cuotas variables⁴⁸² entendiendo, por una parte, que este principio exige que la titularidad del derecho real de hipoteca se corresponda con la titularidad de la obligación de la que es accesoria. No entiendo acertado este corolario del principio de determinación; como se expuso en el apartado 3.1.2, cabe una determinación convencional de la titularidad de la hipoteca flotante diferente de las titularidades o cotitularidades existentes sobre los créditos garantizados (como la RDGRN de 8 de junio de 2011 –RJ 2012/3168– ha venido a aceptar). Por otra parte, se afirma que el principio de determinación exige la utilización de fórmulas que permitan conocer *a priori* a los posibles terceros, cuál será la responsabilidad hipotecaria subsistente en caso de ejecución parcial. En esto estoy de acuerdo pero, como se ha señalado, es perfectamente posible conciliar ese interés (y exigencia constitucional) de que los terceros puedan conocer *a priori* (y no sólo tras la ejecución o en el trámite de ejecución) con el interés de los acreedores de que las cuotas en la hipoteca varíen a medida que cambien las circunstancias de los créditos. No veo, por otra parte, por qué hay que dar a los terceros más información en el caso de una hipoteca flotante por cuotas variable que la que habría que darles (o sería exigible) en una hipoteca de máximo o en garantía de obligación futura o condicional: tampoco en estos casos los terceros conocen *a priori*, sólo a vista del registro, si ha surgido la obligación o qué importe tiene y ello no nos hace excluir (en aras de su derecho a conocer *a priori*) la posibilidad de inscripción de estas hipotecas⁴⁸³. Estoy de acuerdo en que los criterios en función de los cuales varíen

⁴⁸¹ RDGRN de 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4835): “la configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia *erga-omnes* del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el “*números apertus*” reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (confróntese artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etcétera. Por ello, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas”.

⁴⁸² VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁸³ Téngase en cuenta, además, que la nota marginal del art. 143 LH ha dejado de ser requisito *sine qua non* para que la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional pueda afectar a tercero (frente a la redacción de la LH de 1861 en la que el actual “*podrán*” era “*deberán*” y se añadía que

las cuotas (en otras palabras, los parámetros de las fórmulas que se empleen) deben ser objetivos, no depender de la voluntad de las partes, tener justificación o razonabilidad, etc., pero no es exigible, para que sean válidos e inscribibles, que el registro de, día a día, noticia a los terceros de la cuota de cada acreedor, o que los terceros tengan, día a día, información sobre esos parámetros de forma que puedan ellos estimar la cuota de cada acreedor en cada momento, porque eso tampoco es exigible en una hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras de distintos acreedores. Deberán desde luego hacerse patentes todos esos parámetros y, en última instancia, la cuota de cada acreedor en caso de ejecución (o, al menos del ejecutante y de los remanentes en caso de subsistencia de la carga), tanto a los posibles licitadores (arts. 668.3.º, 669.2 ó 670.5 LEC), como a los titulares de derechos inscritos.

Se puede proponer el siguiente modelo de hipoteca flotante por cuota variable, considerando una cesta de obligaciones garantizadas en la que se identifica una (que podríamos llamar “preferente”), que las partes quieren garantizar mejor que las restantes:

(a) Asignación de la cuota variable a cada tramo/obligación garantizada

La cuota de responsabilidad hipotecaria atribuida a cada obligación garantizada con la hipoteca variará en el tiempo y será la resultante de aplicar, en el momento de la ejecución, la siguiente fórmula:

- Cuota de la obligación preferente = saldo acreedor que en cada momento tenga la obligación preferente; y
- Cuota del resto de las obligaciones garantizadas = lo que quede una vez descontada de la responsabilidad máxima hipotecaria total de la hipoteca la responsabilidad hipotecaria asignada a la obligación preferente por aplicación de la fórmula anterior. Dentro de esta cuota, se tendría que fijar asimismo cómo se reparte la responsabilidad hipotecaria entre cada obligación garantizada no preferente. Una posibilidad sería, por ejemplo, en proporción al saldo acreedor que cada obligación garantizada no preferente representa sobre el total de la deuda no preferente pendiente de

sin esa anotación la hipoteca constituida no podía aprovechar ni perjudicar a tercero). En el derecho vigente, el requisito de la oponibilidad de la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional respecto a terceros es que surja efectivamente la obligación o se cumpla la condición, no que dichas circunstancias tengan o no reflejo tabular. Véase USINSKAITE, Alvyda: *Garantía hipotecaria...*, *op. cit.*, pp. 21-35 en particular.

amortización.

Un ejemplo de lo que digo podría ser el siguiente:

“Cuota hipotecaria de los Acreedores”

Conforme permite el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, no interesa a las Partes en este momento proceder a dividir o repartir la responsabilidad máxima hipotecaria de la Hipoteca Flotante en cada una de FINCAS entre las diferentes Obligaciones Garantizadas por dicha Hipoteca Flotante.

Ello no obstante, y en consideración a los acuerdos existentes entre los diferentes tipos de Acreedores (en particular, los Acreedores Preferentes y los Acreedores No Preferentes) y el propio Deudor consistentes en (i) atribuir a los Acreedores Preferentes un derecho de recobro de sus correspondientes Obligaciones Garantizadas con carácter prioritario o preferente respecto de la Deuda No Preferente y (ii) por otro lado, que se respete en todo momento un ratio máximo del [100]% en el cociente entre el saldo vivo de la Deuda Preferente y la responsabilidad máxima hipotecaria global asignada a cada una de las FINCAS, se pacta que corresponda a cada uno de los Acreedores una cuota en la Hipoteca Flotante, tanto en el momento inicial como a los efectos de su ejecución, total o parcial determinada de acuerdo con las reglas establecidas a continuación:

Cuota de cada Acreedor Preferente:

*La cuota en la Hipoteca Flotante de cada uno de los Acreedores Preferentes (C*APi*) respecto de cada una de las FINCAS, expresada en tantos por uno, se determina conforme a la siguiente fórmula:*

*C*APi* = (SV*Pi*/SV*Pt*) * CDP; donde*

*SV*Pi* = al saldo vivo debido en el momento de la ejecución al Acreedor Preferente de que se trate, por todos los conceptos (principal, intereses ordinarios o de demora, costes y gastos repercutibles al Deudor y demás partidas de cargo del Deudor conforme a la Deuda Preferente), según resulte de la certificación a tal efecto expedida por el Agente de la Deuda Preferente;*

*SV*Pt* = al saldo vivo total debido al Acreedor Preferente de que se trate, por todos los conceptos (principal, intereses ordinarios o de demora, costes*

y gastos repercutibles al Deudor y demás partidas de cargo del Deudor, conforme a la Deuda Preferente, según resulte de la certificación a tal efecto expedida por el Agente de la Deuda Preferente; y

CDP = es la cuota hipotecaria de la Deuda Preferente en la Hipoteca Flotante de cada finca registral hipotecada, expresada en tantos por uno, y se determina como:

CDP = $SVPt / RH$, siendo RH la responsabilidad máxima hipotecaria de la Hipoteca Flotante sobre cada una de las FINCAS. En caso de que el cociente entre SVPt y RH sea superior a 1, CDP será igual a 1.

Cuota de cada Acreedor No Preferente:

La cuota en la Hipoteca Flotante de cada uno de los Acreedores No Preferentes (CANPi) respecto de cada una de las FINCAS, expresada en tantos por uno, se determina conforme a la siguiente fórmula:

*CANPi= $(SVNPi/SVNPt) * CDP$; donde*

SVNPi= al saldo vivo debido en el momento de la ejecución por todos los conceptos debido al Acreedor No Preferente de que se trate (principal, intereses ordinarios o de demora, costes y gastos repercutibles al Deudor y demás partidas de cargo del Deudor conforme a la Deuda No Preferente, según resulte de la certificación a tal efecto expedida por el Agente de la Deuda No Preferente;

SVNPt= al saldo vivo total debido por todos los conceptos (principal, intereses ordinarios o de demora, costes y gastos repercutibles al Deudor y demás partidas de cargo del Deudor, conforme a la Deuda No Preferente, según resulte de la certificación a tal efecto expedida por el Agente de la Deuda No Preferente; y

CDNP= es la cuota hipotecaria de la Deuda No Preferente en la Hipoteca Flotante de cada una de las FINCAS, expresada en tantos por uno, y se determina como:

CDNP = 1 - CDP.

A los Acreedores No Preferentes, en consecuencia, no se les atribuirá cuota

alguna en la Hipoteca Flotante respecto de una FINCA concreta en la medida en que el saldo vivo de la Deuda Preferente supere la responsabilidad máxima hipotecaria de dicha FINCA.

En aplicación de las reglas anteriores, las cuotas de los Acreedores Preferentes y de los Acreedores No Preferentes respecto de cada una de las FINCAS en el momento de otorgamiento de esta escritura son las que se recogen en el Anexo []. Dichas cuotas, sin embargo, están sometidas a variación conforme a la evolución de los parámetros indicados (en particular, de la evolución del saldo vivo de la Deuda Preferente respecto de la responsabilidad hipotecaria total cubierta por la Hipoteca Flotante respecto de cada una de las FINCAS) en tanto se mantenga en vigor la Hipoteca Flotante. Las Partes no están, sin embargo, interesadas en que el Registro de la Propiedad refleje, en cada momento, la cuota o porcentaje concreto de cada Acreedor en la Hipoteca Flotante que resulta de la aplicación de las reglas anteriores. Por excepción, se podrá instar el reflejo registral de la cuota concreta de cada Acreedor (determinado conforme a las reglas anteriores) en cada uno de los Registro de la Propiedad en los que estén inscritas las FINCAS hipotecadas:

- a instancia del Agente de la Deuda Preferente, actuando siguiendo instrucciones de la Mayoría de los Acreedores Preferentes;*
- a instancia del Agente de la Deuda No Preferente, actuando siguiendo instrucciones de la Mayoría de los Acreedores No Preferentes;*
- a partir del [] de [] de [], [a instancia de cualquiera de los Acreedores] [o del Deudor], salvo que con anterioridad se hubiera presentado en el Registro de la Propiedad la correspondiente escritura de novación de cualquiera de las Obligaciones Garantizadas.”*

(b) Individualización por fincas

En el momento de la ejecución, será necesario poder determinar la responsabilidad hipotecaria que se le asigna a cada finca hipotecada. Si asignamos a cada activo un porcentaje de deuda determinado desde el inicio, podría ocurrir que, en caso de no ejecutarse todos los activos simultáneamente, las obligaciones garantizadas no preferentes empezasen a cobrar antes de haberse satisfecho íntegramente las obligaciones correspondientes a la obligación preferente (por ejemplo, asumamos que la

hipoteca grava tres fincas, estableciendo que cada finca responde en un 70% de la obligación preferente y un 20% de la obligación no preferente 1 y un 10% de la obligación no preferente 2. Si, por distintas circunstancias del desarrollo del procedimiento de ejecución, resulta que una de las fincas se realiza antes que las demás, el importe obtenido de la venta de dicha finca en la subasta se aplicaría en un 70% a amortizar la obligación preferente, un 20% a amortizar la obligación no preferente 1, y un 10% a amortizar la obligación no preferente 2, cuando la voluntad de las partes es que la obligación preferente cobre siempre, hasta su completa amortización, por delante de las obligaciones no preferentes).

Para evitar un supuesto como el anterior (de forma que las obligaciones no preferentes no puedan ser amortizadas hasta que la obligación preferente resulte íntegramente cancelada), la individualización por fincas en fase de ejecución debe realizarse trasladando la idea de la cuota variable indicada en el apartado (a) anterior a cada finca hipotecada. En consecuencia, a cada activo se le asignará una responsabilidad hipotecaria global, y ésta se distribuirá entre las distintas obligaciones garantizadas como sigue:

- Si se ejecuta una finca, el importe obtenido de la ejecución se destinará en primer lugar a amortizar la obligación preferente hasta que se haya cancelado íntegramente el saldo acreedor por la obligación preferente, de manera que si dicho saldo acreedor en el momento de la ejecución excede la responsabilidad hipotecaria del activo ejecutado, los acreedores de las restantes obligaciones garantizadas no tienen derecho a percibir importe alguno.
- Una vez cancelado íntegramente la obligación preferente, los importes obtenidos en la ejecución de las restantes fincas se destinarán íntegramente a satisfacer las demás obligaciones garantizadas por la hipoteca (no preferentes).

Lo anterior puede complementarse con un pacto que permita a los acreedores preferentes ejecutar la hipoteca flotante (incluso con la oposición de los no preferentes), sin que ello perjudique las hipotecas en garantía de las restantes obligaciones garantizadas desde el momento en que, a consecuencia de la ejecución de las primeras fincas, se haya satisfecho la obligación preferente.

Un ejemplo de lo anterior podría ser el siguiente:

“Ejecución de la Hipoteca Flotante”

1. Excepto en los casos previstos en los apartados 2. y 3. siguientes:

- (a) la ejecución de la Hipoteca ante el incumplimiento de cualquiera de las Obligaciones Garantizadas o la declaración de vencimiento anticipado conforme a lo establecido en la Cláusula [] del Crédito determinará la cancelación de la Hipoteca Flotante, conforme a las reglas establecidas en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 133 y 134 de la Ley Hipotecaria (obviamente sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar ampliación de la ejecución a los nuevos plazos vencidos de la Obligación Garantizada por la que se ejecute establecido en el artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y,
- (b) la ejecución habrá de ser interesada por todos los Acreedores, previa declaración de vencimiento anticipado de las Obligaciones Garantizadas mediante Mayoría de las Entidades Acreedoras (conforme a lo establecido en []).

Los Acreedores podrán obtener el cobro total de sus créditos instando la ejecución de una sola, de varias o de todas las FINCAS gravadas, ya exceda o no la Obligación u Obligaciones Garantizadas por la(s) que se ejecuta de la responsabilidad hipotecaria de la Hipoteca y ya el precio del remate exceda o no del nominal de la Obligación u Obligaciones Garantizadas por la(s) que se ejecuta, puesto que la hipoteca no genera una afección individualizada de cada una de las las FINCAS hipotecadas respecto de todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, en favor de todas las Obligaciones Garantizadas en su conjunto, de modo que los Acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las FINCAS hasta donde alcance su específica responsabilidad hipotecaria.

2. Ejecución Parcial de la Hipoteca Flotante a instancia de los Acreedores Preferentes.

Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1. anterior, los Deudores, los Hipotecantes No Deudores y los Acreedores consienten de forma irrevocable (por ser condición esencial del Crédito) la ejecución parcial de la Hipoteca

exclusivamente en los supuestos contemplados en la Cláusula [] de [], a saber:

- (a) el impago de la Deuda Preferente (por referencia a la causa de vencimiento anticipado prevista en la Cláusula [] de []); o*
- (b) de conformidad con lo establecido por el artículo 1.129 del Código Civil, el incumplimiento de la obligación de aportar dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación al efecto efectuada por el Agente, garantías alternativas, a la satisfacción de la Mayoría de los Acreedores Preferentes, equivalentes en su caso al quebranto o deterioro de la solvencia experimentado o evidenciado a consecuencia de declaración de concurso de cualquiera de los Fiadores o el incumplimiento de obligaciones de pago vencidas y exigibles de naturaleza comercial y otras circunstancias que evidencien el grave deterioro de la solvencia de los Deudores o de los Fiadores en los términos de la Cláusula [] de [] o el incumplimiento de obligaciones de pago o vencimientos anticipados de cualquier endeudamiento financiero de los Deudores o los Fiadores y demás circunstancias previstas en la Cláusula [] de [].*

Dicha ejecución parcial implicará la subsistencia o cancelación del gravamen, según se regula en este apartado. Las partes acuerdan expresamente la posibilidad de instarse la ejecución parcial de la presente Hipoteca en caso de que así lo decidan libremente la Mayoría de los Acreedores Preferentes, conforme a lo establecido en la Cláusula [] de [].

- (a) Cuando la cantidad debida y reclamada por la Deuda Preferente exceda de la responsabilidad hipotecaria de las FINCAS ejecutadas, la ejecución instada por los Acreedores Preferentes conforme a lo establecido en esta Estipulación 7.10 determinará la cancelación de la Hipoteca respecto de las mismas y, si no se ejecutaren todas las FINCAS hipotecadas, la subsistencia de la Hipoteca sobre el resto de las FINCAS hipotecadas.*
- (b) Si se ejecutaren todas las FINCAS hipotecadas y la cantidad debida y reclamada por la Deuda Preferente sea inferior a la responsabilidad máxima hipotecaria de las FINCAS ejecutadas, la ejecución determinará la subsistencia de la Hipoteca respecto del resto de las Obligaciones Garantizadas sobre todas las FINCAS hipotecadas, pero con la reducción*

de la responsabilidad hipotecaria de cada una en la misma proporción que existe entre el nominal o cantidad reclamada de la Deuda Preferente ejecutada y el total de la responsabilidad garantizada.

No se admitirá la ejecución por una parte (pero no la totalidad) de los Acreedores Preferentes.

3. “Ejecución de la Hipoteca Flotante a instancia de los Acreedores No Preferentes”

Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1. anterior, los Deudores, los Hipotecantes No Deudores y los Acreedores consienten de forma irrevocable (por ser condición esencial del Crédito) la ejecución parcial de la Hipoteca instada sólo por los Acreedores No Preferentes exclusivamente en los supuestos contemplados en la Cláusula [] de [], a saber:

- (a) el impago de la Deuda No Preferente (por referencia a la causa de vencimiento anticipado prevista en la Cláusula [] de []); o*
- (b) de conformidad con lo establecido por el artículo 1.129 del Código Civil, el incumplimiento de la obligación de aportar dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación al efecto efectuada por el Agente, garantías alternativas, a la satisfacción de la Mayoría de los Acreedores No Preferentes, equivalentes en su caso al quebranto o deterioro de la solvencia experimentado o evidenciado a consecuencia de declaración de concurso de cualquiera de los Deudores o Fiadores o el incumplimiento de obligaciones de pago vencidas y exigibles de naturaleza comercial y otras circunstancias que evidencien el grave deterioro de la solvencia de los Deudores o los Fiadores en los términos de la Cláusula [] del Crédito o el incumplimiento de obligaciones de pago o vencimientos anticipados de cualquier endeudamiento financiero de los Deudores y demás circunstancias previstas en la Cláusula [] del Crédito.*

Se pacta que el ejercicio de la acción hipotecaria por los Acreedores No Preferentes quede sujeto a la condición suspensiva del pago íntegro de la Deuda Preferente, siendo, por tanto, necesario para su ejercicio anterior, el consentimiento de los Acreedores Preferentes o la ejecución simultánea por la Deuda Preferente, en los términos de la Estipulación [] anterior.

No se admitirá en ningún caso la ejecución por una parte (pero no de la totalidad) de los Acreedores No Preferentes”.

Puede igualmente regularse la posibilidad de ejecución parcial por parte de los Acreedores Preferentes y los No Preferentes:

“Ejecución de la Hipoteca Flotante a instancia de los Acreedores No Preferentes

Por excepción a lo dispuesto en el apartado [] anterior, los Deudores, los Hipotecantes No Deudores y los Acreedores consienten de forma irrevocable (por ser condición esencial del Crédito) la ejecución parcial de la Hipoteca instada sólo por los Acreedores No Preferentes exclusivamente en los tres supuestos contemplados en la Cláusula [] de [], a saber, (a) el impago de la Deuda No Preferente (por referencia a la causa de vencimiento anticipado prevista en la Cláusula [] de []), (b) la declaración de concurso de cualquiera de los Deudores o los Fiadores, el incumplimiento de obligaciones de pago vencidas y exigibles de naturaleza comercial y otras circunstancias que evidencien el grave deterioro de la solvencia de los Deudores en los términos de la Cláusula [] de [] y (c) el incumplimiento de obligaciones de pago o vencimientos anticipados de cualquier endeudamiento financiero de los Deudores o los Fiadores y demás circunstancias previstas en la Cláusula [] de [], previo acuerdo de la Mayoría de los Acreedores No Preferentes. Dicha ejecución parcial implicará la subsistencia de la Hipoteca en favor de los Acreedores Preferentes, según se regula en este apartado:

- a) No se podrá ejecutar separadamente ninguna FINCA o FINCAS en la medida en que el saldo vivo de la Deuda Preferente en ese momento (según sea certificado por el Agente de la Deuda Preferente) exceda de la responsabilidad máxima hipotecaria de la(s) FINCA(S) ejecutada(s). Cuando el saldo vivo de la Deuda Preferente en ese momento sea inferior a la responsabilidad hipotecaria de las FINCAS ejecutadas, la ejecución instada por los Acreedores No Preferentes conforme a lo establecido en esta Estipulación [] determinará la subsistencia de la Hipoteca respecto de las mismas, si bien con reducción de la responsabilidad hipotecaria de las FINCAS ejecutadas en la misma proporción que exista entre (1) la diferencia entre la responsabilidad máxima hipotecaria de las FINCAS ejecutadas y el saldo vivo en ese momento de la Deuda Preferente (según*

sea certificado por el Agente de la Deuda Preferente) y (2) el total de la responsabilidad hipotecaria de las FINCAS ejecutadas. Es decir, si en el momento de la ejecución parcial de la Hipoteca sobre algunas FINCAS instada por los Acreedores No Preferentes conforme a lo previsto en esta Estipulación [], la responsabilidad máxima hipotecaria de las FINCAS ejecutadas fuera de 100 y el saldo vivo de la Deuda Preferente en ese momento fuera de 85, se mantendrá la Hipoteca sobre dichas FINCAS en garantía de la Deuda Preferente, pero reduciéndose la responsabilidad hipotecaria en cada una de ellas en el 15% (o sea, $(100-85)/100$). Si no se ejecutaren todas las FINCAS hipotecadas, se mantendrá la Hipoteca sobre el resto de las FINCAS hipotecadas.

- b) *Si se ejecutaren todas las FINCAS hipotecadas, la ejecución determinará la subsistencia de la Hipoteca en garantía de la Deuda Preferente sobre todas las FINCAS hipotecadas pero reduciéndose la responsabilidad hipotecaria de cada una de ellas en la misma proporción que exista entre (1) la diferencia entre la responsabilidad máxima hipotecaria de todas las FINCAS y el saldo vivo de la Deuda Preferente en ese momento (según sea certificado por el Agente de la Deuda Preferente) y (2) el total de la responsabilidad hipotecaria de todas las FINCAS. Es decir, si en el momento de la ejecución parcial de la Hipoteca sobre todas las FINCAS instada por los Acreedores No Preferentes conforme a lo previsto en esta Estipulación [], la responsabilidad máxima hipotecaria fuera de 1000 y el saldo vivo de la Deuda Preferente en ese momento fuera de 400, se mantendrá la Hipoteca sobre todas las FINCAS, pero reduciéndose la responsabilidad hipotecaria en cada una de ellas en el 60% (o sea, $(1000-400)/1000$).*

No se admitirá en ningún caso la ejecución por una parte (pero no de la totalidad) de los Acreedores No Preferentes”.

5. La extensión de la hipoteca flotante a obligaciones derivadas de la refinanciación o renovación de las obligaciones primigeniamente garantizadas

No resulta infrecuente, en el ámbito de las refinanciaciones, que los acreedores quieran cubrir no sólo determinados riesgos bancarios existentes al tiempo de la

constitución de la hipoteca, sino también las renovaciones o extensiones de los mismos⁴⁸⁴, con tal de que se produzcan en un horizonte temporal, que no se amplíe (o no se amplíe mucho) el importe adeudado y que no se asuman condiciones financieras más onerosas para el deudor que las de los instrumentos financieros a los que reemplacen.

Se quiere, con esta previsión, estimular la concesión de renovaciones o extensiones de los riesgos existentes, a sus vencimientos, y para ello, se contempla en la hipoteca flotante la posibilidad de que queden asegurados no sólo los instrumentos financieros presentes, sino también los futuros que puedan sustituirlos, sujeto a esas condiciones objetivas.

Es obvio que es útil para el deudor, e incluso para el acreedor hipotecario concreto cuyo crédito está próximo al vencimiento, contar con la posibilidad de reutilizar la garantía hipotecaria para la cobertura de una nueva financiación que el propio acreedor pueda conceder para la amortización o sustitución del crédito vencido, cuando el deudor no pueda satisfacer la deuda al vencimiento (ni encontrar otro u otros financiadores que estén dispuestos a concederle nuevo crédito ordenado a la cancelación del existente).

Se trata, simple y llanamente, de una formulación particular de la cláusula de globalización. Un ejemplo de lo anterior puede ser la siguiente cláusula de una escritura de hipoteca flotante:

“PRIMERA.- CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA INMOBILIARIA.

El Hipotecante, en garantía de las obligaciones por ella asumidas bajo cada uno de los instrumentos financieros relacionados en los Expositivos II a V anteriores (en adelante, las “Obligaciones Garantizadas Presentes”), así como de los instrumentos financieros futuros que hayan de sustituirlos o reemplazarlos y que cumplan las delimitaciones previstas en el párrafo siguiente (las “Obligaciones Garantizadas Futuras”), y por vía de superposición de garantía, constituye en

⁴⁸⁴

De modo parecido a como se hacía en la operación enjuiciada en la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275), si bien ésta no fue propiamente la ratio de la decisión desestimatoria de la inscripción de la hipoteca en tal caso, sino simplemente que la hipoteca, en opinión de la DGRN, “seguía flotando” en cuanto que quedaba al arbitrio del acreedor determinar cuáles de las obligaciones y sobre todo en qué momento ha de recaer el manto protector, sin que en ello haya verdadera concesión de crédito, sino tan solo de espera cuando el Banco lo considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con el límite máximo de la responsabilidad por principal, lo que la DGRN entendió contrario al art. 1.256 CC y a la *pars conditio creditorum*.

este acto sobre las FINCAS descritas en el Expositivo I, hipoteca inmobiliaria de máximo o “flotante” de primer rango, al amparo de lo previsto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (en adelante, la “Ley Hipotecaria”), conforme a la redacción introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, en favor de los Acreedores Hipotecarios, en quienes concurre la condición de entidad financiera conforme al artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (en adelante, la “Hipoteca Flotante”).

Quedarán cubiertas por la Hipoteca aquí constituida, además de las Obligaciones Garantizadas Presentes, los débitos nacidos de la liquidación de instrumentos financieros otorgados desde esta fecha y hasta el [] aniversario por cualquiera de los Acreedores Hipotecarios al Hipotecante que cumplan las siguientes características:

- (a) Sustituyan o reemplacen, total o parcialmente, a cualquiera de las Obligaciones Garantizadas Presentes a las que se refieren los Expositivos II a V anteriores, y no supongan, en caso de sustitución parcial y en conjunto con la Obligación Garantizada Presente que sustituyan o reemplacen, una ampliación del nominal, límite de crédito o, en general, riesgo del Acreedor Hipotecario correspondiente en relación con los instrumentos financieros de esa misma tipología concedidos a Hipotecante de más del 110% del existente a esta fecha;*
- (b) No contengan plazos o condiciones de amortización más cortos o más exigentes para el deudor que los aplicables en el momento de la sustitución o reemplazo respecto de la tipología de instrumento financiero sustituido o reemplazado conforme a lo pactado en el Contrato Marco de Refinanciación.*

Las Obligaciones Garantizadas Presentes y las Obligaciones Garantizadas Futuras se denominarán, conjuntamente, las “Obligaciones Garantizadas”.

La Hipoteca Flotante asegura el cumplimiento de todas y cada una de las

Obligaciones Garantizadas, incluyendo amortización de principal, pago de intereses, comisiones, costas y gastos, y cualesquiera otras obligaciones pecuniarias derivadas de dichas Obligaciones Garantizadas. La Hipoteca Flotante no garantiza otras obligaciones que en el pasado, el presente o en el futuro puedan establecerse entre el Hipotecante y cualquiera de los Acreedores Hipotecarios, aparte de las Obligaciones Garantizadas Presentes y de las obligaciones futuras que, por ajustarse a lo previsto en esta Estipulación, merezcan la consideración de Obligaciones Garantizadas Futuras, o que pudieran derivarse de otros actos jurídicos celebrados entre dichas partes. Tampoco quedan cubiertas por la Hipoteca Flotante cualesquiera otras obligaciones del Hipotecante, presentes o futuras distintas de las Obligaciones Garantizadas en las que, por vía de cesión o subrogación, cualquiera de los Acreedores Hipotecarios pudiera devenir o resultar acreedor frente al Hipotecante.

La constitución de la Hipoteca Flotante se hace con independencia de la responsabilidad patrimonial ilimitada que en virtud del artículo 1.911 del Código Civil pesa sobre el Hipotecante por razón de las Obligaciones Garantizadas, y por vía de superposición de garantías, en relación con cualesquiera otras garantías, personales o reales, constituidas o a constituir en el futuro para el aseguramiento de las Obligaciones Garantizadas. En consecuencia, el Hipotecante no podrá exigir la cancelación total, ni parcial, de la Hipoteca Flotante hasta el pago íntegro de las Obligaciones Garantizadas, conforme a los arts. 1860 CC y 122 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho que a los terceros adquirentes de finca o fincas hipotecadas pueda corresponder conforme al art. 124 de la Ley Hipotecaria”.

6. El acrecimiento de los co-acreedores hipotecarios en la hipoteca flotante en comunidad romana

Para los casos en los que existe una pluralidad de acreedores flotantes, con créditos de distintos titulares, todos ellos garantizados por una hipoteca flotante constituida en comunidad romana, ha sido frecuente en la práctica, en particular, en el ámbito de las refinanciaciones y cuando el valor de los bienes hipotecados es menor que la deuda garantizada, emplear en la escritura de hipoteca cláusulas en virtud de las cuales se fijen cuotas de participación en el derecho de hipoteca (sea

en proporción al peso relativo de cada acreedor en la deuda total garantizada, o en la deuda total del deudor, incluso la no garantizada, sea, en fin, con arreglo a cualquier otro criterio) que se mantienen inalteradas incluso en el caso de que, por renuncia, amortización o extinción total o parcial de las obligaciones garantizadas de un determinado acreedor flotante, la participación relativa de ese acreedor en la deuda garantizada (o en la deuda total, o conforme al criterio que se haya definido) varíe. En estos casos, sin embargo, se pacta expresamente la alteración de las cuotas en la hipoteca flotante de los demás acreedores flotantes para el caso de amortización, extinción o renuncia respecto de todas las obligaciones garantizadas de un determinado acreedor. Se quiere, en definitiva, que la cuota de participación inicial de cada acreedor en la hipoteca se mantenga, aunque las participaciones relativas en la deuda varíen, hasta que la deuda garantizada de alguno de los acreedores se extinga completamente, o uno de los acreedores renuncie totalmente a la hipoteca, y en tales casos, la cuota de ese acreedor se “reparte” entre los demás (o, dicho sea de otra forma, los demás acrecen). De esta forma, la minoración del riesgo garantizado de uno de los acreedores flotantes no aprovecha a los demás (en forma de agrandamiento de su cuota de participación en la hipoteca), sino a ese acreedor en concreto, que dispone de la misma cuota para cobertura de un riesgo menor (mejora su *loan-to-value*, por tanto). Sólo cuando se produce la cancelación total del riesgo de un acreedor, o la renuncia total a la hipoteca de uno de los acreedores, se permite que los demás co-acreedores se aprovechen, por la vía del acrecimiento, del derecho de hipoteca que el acreedor satisfecho ya no necesita (pues no tiene crédito).

Puede entenderse que estas convenciones no perjudican, de forma indebida, el derecho de avance de puesto de los titulares registrales posteriores, al menos mientras que la deuda garantizada total se mantenga por encima de la responsabilidad hipotecaria. Es discutible sin embargo si, a partir del momento en el que la cancelación o amortización de uno o varios de los créditos garantizados haga que el total de la deuda viva iguale la responsabilidad máxima hipotecaria, los titulares registrales posteriores tienen derecho de avance de puesto respecto de cualquier ulterior amortización de los créditos de la cesta (y ello aunque, obviamente, por el principio de indivisibilidad de la hipoteca, ésta haya de mantenerse hasta la satisfacción íntegra de los créditos garantizados, sin que ni el

propietario ni los titulares registrales posteriores queden facultados para exigir la cancelación parcial de la hipoteca respecto de cualquier amortización o extinción de la deuda garantizada posterior al momento en el que saldo vivo de la deuda y responsabilidad máxima hipotecaria se igualan).

Un ejemplo de lo anterior puede ser la siguiente cláusula:

“QUINTA.- RESPONSABILIDAD MÁXIMA HIPOTECARIA Y PARTICIPACIÓN DE LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS EN LA HIPOTECA FLOTANTE.

5.1 Responsabilidad hipotecaria.

La responsabilidad hipotecaria total de la Hipoteca Flotante en relación con todas las FINCAS será hasta un importe máximo de [] euros, desglosada en:

- (1) [] euros por principal;*
- (2) [] euros por intereses ordinarios;*
- (3) [] euros por intereses de demora correspondientes; y,*
- (4) [] euros para costas y gastos judiciales y extrajudiciales.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, la cantidad máxima prevista para el pago de intereses en ningún caso excederá al importe de tales intereses correspondiente a cinco (5) anualidades.

En consecuencia, la responsabilidad hipotecaria máxima total de las FINCAS queda cifrada en [] euros (en adelante, la “Responsabilidad Máxima Hipotecaria”). Dicha Responsabilidad Máxima Hipotecaria total se distribuye entre las distintas FINCAS conforme se determina en el Anexo 1 a la presente Escritura, conforme a lo previsto en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria.

De conformidad con lo permitido por el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, no interesa a las Partes la división de la Responsabilidad Máxima Hipotecaria de la Hipoteca Flotante entre las diferentes Obligaciones Garantizadas por la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 5.2 siguiente respecto de la Cuota.

5.2 Participación de los Acreedores Hipotecarios en la Hipoteca Flotante.

De conformidad con la configuración legal de la hipoteca flotante recogida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, dada la valoración actual de las FINCAS,

en tanto en cuanto la Responsabilidad Máxima Hipotecaria sea inferior al importe total de las Obligaciones Garantizadas, la Hipoteca Flotante asegura el cumplimiento de todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas hasta el importe máximo debido bajo cada una de ellas y con el límite máximo de la Responsabilidad Máxima Hipotecaria.

Sin perjuicio de lo anterior, la Hipoteca Flotante se constituye a favor de los Acreedores Hipotecarios conforme a las siguientes cuotas de cotitularidad en el derecho real (en adelante conjuntamente las “Cuotas” y cada una de ellas, una “Cuota”), que resultan de dividir el principal, nominal, límite de riesgo o, en general, riesgo bancario individual de cada uno de los Acreedores Hipotecarios en las Obligaciones Garantizadas Presentes, respecto de la suma de principales, nominales, límites de riesgo o, en general, riesgos bancarios bajo la totalidad de las Obligaciones Garantizadas Presentes, y que determinan las siguientes cuotas de co-titularidad:

Banco 1: Cuota []%.

Banco 2: Cuota []%

Banco 3: Cuota []%

Banco 4: Cuota []%

La Hipoteca Flotante tiene carácter indivisible, conforme a lo previsto en el artículo 1.860 del Código Civil y se mantendrá, en consecuencia, íntegramente sobre las FINCAS no obstante el pago, condonación o extinción por cualquier otra causa (ya sea total o parcial) de cualquiera de las Obligaciones Garantizadas o la renuncia, por parte de los Acreedores Hipotecarios, de sus derechos sobre las FINCAS, hasta que todas las Obligaciones Garantizadas hayan quedado completamente extinguidas.

En caso de renuncia por parte de cualquiera de los Acreedores Hipotecarios de sus derechos que emanan de la Hipoteca Flotante respecto de cualesquiera de las Obligaciones Garantizadas (ya sea total o parcial) o en caso de pago, condonación o extinción por cualquier otra causa (ya sea total o parcial) de cualquiera de las Obligaciones Garantizadas, se mantendrá la Hipoteca Flotante respecto de la(s) restante(s) Obligación/es Garantizada(s) por la totalidad de la Responsabilidad Máxima Hipotecaria, sin variar la Cuota de participación de

cada Acreedor Hipotecario en la Hipoteca Flotante. En caso de cancelación, amortización, o cualquier otra forma de extinción de todas las Obligaciones Garantizadas (Presentes y Futuras) titularidad de cualquiera de los Acreedores Hipotecarios, o de renuncia total de la Hipoteca Flotante por parte de cualquiera de los Acreedores Hipotecarios, la Hipoteca Flotante se mantendrá a favor de los restantes Acreedores Hipotecarios que aún ostenten Obligaciones Garantizadas pendientes frente al Hipotecante (Presentes o Futuras), en garantía de dichas Obligaciones Garantizadas aún pendientes, acreciendo por tanto los restantes Acreedores Hipotecarios en el derecho real de Hipoteca Flotante (siendo su Cuota, a partir de ese momento, aquella que resulte de dividir el principal, nominal, límite de riesgo o, en general, riesgo bancario individual de cada uno de los restantes Acreedores Hipotecarios en las Obligaciones Garantizadas aún pendientes –tanto de las Obligaciones Garantizadas Presentes aún pendientes, como de las Obligaciones Garantizadas Futuras que, hasta ese momento, hayan podido concertarse conforme a lo previsto en la Estipulación Primera y que continúen pendientes–, respecto de la suma de principales, nominales, límites de riesgo o, en general, riesgos bancarios bajo la totalidad de las Obligaciones Garantizadas aún pendientes). Por tanto, el Hipotecante no tendrá derecho a exigir la cancelación, total o parcial, de la Hipoteca Flotante aun cuando haya pagado la totalidad de los créditos correspondientes a un Acreedor Hipotecario, asegurados con una o varias Fincas, manteniéndose la Hipoteca como indivisible para el resto de las Obligaciones Garantizadas.

Es decir, hasta que cada Acreedor Hipotecario resulte enteramente satisfecho (o renuncie enteramente) por la totalidad de su crédito por todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas a su favor, el pago o liberación parcial no afectarán a la Cuota de este Acreedor Hipotecario en la Hipoteca flotante. En cambio, si un Acreedor Hipotecario resulta enteramente satisfecho (o renuncia enteramente) por la totalidad de su crédito por todas y cada una de las Obligaciones Garantizadas a su favor el pago o liberación total de las Obligaciones Garantizadas frente a dicho Acreedor hipotecario supondrá que la hipoteca se mantendrá igualmente indivisible, sin susceptibilidad de cancelación parcial, y la Cuota del Acreedor o Acreedores Hipotecarios cuyos créditos se hayan extinguido enteramente acrecerán en el derecho real de Hipoteca Flotante, a

favor de los restantes Acreedores Hipotecarios que aún ostenten Obligaciones Garantizadas pendientes frente al Hipotecante”.

1. Ejecución

1.1 La ejecución en general

Existe una intrínseca e inescindible relación entre la solidez, agilidad y confiabilidad del proceso o procesos de ejecución puestos a disposición de los acreedores hipotecarios en cualquier ordenamiento jurídico y el fomento del crédito hipotecario. Ni el sistema civil o hipotecario más perfecto en torno a la robustez y plena eficacia de la garantía hipotecaria fomentará de manera decidida el crédito hipotecario si no va acompañado de normas que permitan una realización célere y eficaz de los derechos del acreedor hipotecario no obstante la oposición del deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor, de los acreedores de unos u otros o, en general, de cualesquiera terceros. Así, el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario de la Unión Europea incluye entre sus recomendaciones la invitación “*a los estados miembros a asegurar que sus procedimientos de ejecución hipotecaria son completados dentro de un plazo razonable y con un coste razonable*”⁴⁸⁵. Celeridad (plazo razonable de realización de la garantía), facultad auto-compositiva (ejecución no dependiente de la colaboración del deudor) y eficacia (capacidad de deducir o extraer el precio justo de la cosa hipotecada) son así tres de las exigencias que deben satisfacer las garantías reales para maximizar el funcionamiento de los mercados hipotecarios en la Unión Europea.

Aunque se trata de una recomendación general respecto de los sistemas hipotecarios de los Estados Miembros, y no una recomendación específicamente referida a una u otra modalidad hipotecaria, considero que debe ser tenida en consideración en la resolución de los dilemas que se presentan al hilo de la ejecución de las hipotecas flotantes. La interpretación de las normas del ordenamiento respecto de las garantías reales debe hacerse, así, de la forma más flexible o generosa posible con el

⁴⁸⁵

Estas recomendaciones han tenido de alguna forma reflejo en la normativa española. Así, cuando el art. 6 del RD 716/2009 relaciona los requisitos que han de cumplir los préstamos o créditos hipotecarios sobre bienes inmuebles en otros países de la Unión Europea para que sean susceptibles de movilización hipotecaria exige en particular “*que el acuerdo de garantía [real] y el procedimiento jurídico en que se sustenta permita a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta y en un plazo razonable ante una situación de impago*” así como “*que el régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía*”.

objetivo de que permitan satisfacer estas exigencias de celeridad y eficacia de los procesos de ejecución y de autonomía de ejercicio por parte de la entidad acreedora, si bien sin poner en riesgo el derecho del deudor, de los titulares posteriores, etc. a la maximización del valor en cambio de la cosa hipotecada. En el ámbito de los contratos con consumidores, por ejemplo, la art. 25 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 establece tanto la necesidad de que los Estados miembros establezcan mecanismos adecuados para que las reclamaciones sobre las garantías reales puedan ser ejecutadas por los prestamistas (art. 26), como que esos sistemas maximicen el precio de realización de la propiedad en la ejecución (art. 28.5).

Se plantean algunas incertidumbres en cuanto a la ejecución de las hipotecas flotantes. En la normativa finalmente aprobada, no se hace ninguna modificación de los procedimientos de ejecución con referencia expresa a las hipotecas flotantes, ni se recogen disposiciones específicas para la ejecución de estas hipotecas. Solamente se introduce una remisión, en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria, a los arts. 129 y 153 LH, lo cual habilita de forma general el procedimiento de ejecución hipotecaria del 571 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”) (con las particularidades de los arts. 681 y ss. LEC) y el extrajudicial (con las cautelas que expondremos más abajo). Aunque no se incluya la referencia expresa, no hay dificultad para entender también aplicables a la hipoteca flotante lo dispuesto en los art. 129 y 131 y ss. LH y 225 y ss. RH. La reclamación del crédito a través de un procedimiento declarativo es, claro, otra posibilidad. Por último, cabría la satisfacción del derecho del acreedor a través de un proceso monitorio, dado que cumplirá, de ordinario, las leves exigencias formales establecidas en el art. 812 LEC⁴⁸⁶.

486

Respecto a la reclamación a través de un monitorio de crédito hipotecario, véase AAP de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de septiembre de 2006 (Secc. 4ª) (AC 2006/2154); AAP de Asturias de 30 de diciembre de 2005 (Secc. 5ª) (AC 2005/157); y AAP de Cádiz de 23 de junio de 2003 (Secc. 7ª) (JUR 2003/212005).

1.2 La ejecución de la hipoteca flotante por el procedimiento de ejecución directa o hipotecaria

1.2.1 La compatibilidad del procedimiento de ejecución directo y las hipotecas de seguridad, en general

Se había considerado la hipoteca de seguridad (y la flotante responde a este tipo) incompatible con el procedimiento judicial sumario y con el procedimiento de venta extrajudicial “[...] *pues el acreedor ha de probar no sólo que se constituyó la hipoteca, sino también “extrarregistralmente” -con documentos distintos de la escritura de constitución o de la inscripción registral- las condiciones que precisan totalmente el crédito. Es una característica típica de la hipoteca de seguridad, pues, que no baste el título constitutivo inscrito como título ejecutivo hipotecario. [...] En consecuencia, en general, no se puede pactar el procedimiento judicial sumario ni el extrajudicial (Resolución de 3 de marzo de 1952)*”⁴⁸⁷.

Creo que la tacha no es aceptable, predicada de forma general, por más que pueda ser necesario integrar extrarregistralmente el título de crédito al tiempo de la ejecución en algún caso, lo mismo que hay que hacerlo en la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación futura (obviamente si al tiempo de la ejecución no está expedida la nota marginal del art. 143 LH⁴⁸⁸) o de una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. Es más, algún tipo de integración extrarregistral es precisa hasta para la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación en moneda extranjera, con interés variable o en garantía de préstamo con amortización periódica en que se hayan pagado unas cuotas y otras no, se haya pagado el principal pero no los intereses, etc. (la nueva redacción del art. 129.2 LH es buena muestra). El art. 685.2 LEC sólo exige que

⁴⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales...*, op. cit., tomo II, p. 297. En sentido análogo (aunque referido al antiguo 131 LH), GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *El procedimiento judicial sumario...*, op. cit., pp. 135-136. Ídem, comentando la RDGRN de 21 de marzo de 1917 (citada), RIBÓ, Mariano: “La hipoteca de máximo”, *RCDI* n.º 6, junio 1925, p. 419; GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales...” op. cit., pp. 228-229. RRDGRN de 5 de marzo de 1929 –CL 29– y 31 de enero de 1925 (el título constitutivo de la hipoteca y el del crédito se hallan “*distanciados e independientes*” en este tipo de hipotecas). Refiriéndose ya en concreto al art. 153 bis LH, rechazan la posibilidad de ejecución extrajudicial GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Legislación Hipotecaria...*, op. cit., p. 110 y CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, op. cit., p. 5. SOSPEDRA NAVAS parece excluir a las hipotecas de seguridad (en general) del ejecutivo hipotecario (pero no del ejecutivo general) en SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (dir.): *La ejecución hipotecaria...*, op. cit., p. 238.

⁴⁸⁸ En RIVAS TORRALBA, Rafael A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, op. cit., pp. 490-491 se defiende que no es posible la ejecución directa de una hipoteca en garantía de obligación futura o condicional sin la previa anotación marginal. Aunque también que si se despachara la ejecución, cabría la causa de oposición del art. 695.1 LEC. No es esa desde luego la práctica judicial, como se apreciará en las siguientes páginas.

se acompañe a la demanda el título de crédito revestido de los requisitos que la LEC exige para el despacho de ejecución, lo que puede incluir documentos que no hayan tenido acceso al registro (escrituras públicas, pólizas intervenidas, etc.). En realidad, el título al que la ley permite la ejecución ha de reunir dos requisitos fundamentales, a saber, la acreditación del consentimiento del deudor sobre la obligación y la cantidad líquida o la manera de liquidarla, sin que sea preciso que satisfaga, adicionalmente, otras exigencias, como la constancia registral, su corrección intrínseca, etc.

Es cierto que, en su origen, el procedimiento judicial sumario incluido en la Ley Hipotecaria en 1909 se articuló como un comiso civil –o un comiso con pacto marciano–, apartado por tanto de la contradicción propia de los procesos judiciales, sobre la base de la determinación registral del derecho de hipoteca y de la obligación garantizada. Asentado en tal determinación registral previa, se limitaba extraordinariamente la posibilidad de oposición del deudor lo que obligaba a reconocer con toda generosidad el acceso al declarativo posterior (y para ello, el procedimiento sumario no provocaba el efecto de cosa juzgada). Ese presupuesto netamente registral habilitador del sumario, sin embargo, se fue desdibujando paulatinamente, a medida en que se aceptaba la determinación extrarregistral de la cantidad debida, o de los intereses pactados, y no sólo de forma bilateral (el sistema de doble libreta del art. 153 LH, o la cantidad líquida expresada en el título del art. 572.1 LEC, incluso aunque se refiera sólo al principal y no comprenda los intereses y las costas), sino incluso unilateral (arts. 153 LH, 245 RH), o la acreditación fehaciente pero extrarregistral de la titularidad del crédito hipotecario por parte del cesionario no inscrito en la ejecución. Con la avocación de la regulación de la LH a la LEC (arts. 681 y ss.), el proceso directo frente a los bienes hipotecados perdió su naturaleza civil, pasando a adoptar características propias de los procesos contradictorios⁴⁸⁹, si bien no se quiso perjudicar su probada efectividad, para lo cual se limitaron las causas de oposición invocables a las relativas a la extinción del derecho de hipoteca o de la obligación garantizada y la determinación extrarregistral (bilateral o unilateral) de la cantidad exigible, y el supuesto (patológico) de la prejudicialidad penal, excluyéndose completamente las tercerías de mejor derecho y restringiendo enormemente la invocación de tercerías de dominio⁴⁹⁰. Los motivos de

⁴⁸⁹ “[...] reforzándose el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones”, SOSPEDRA NAVAS en SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (dir.): *La ejecución hipotecaria...*, op. cit., pp. 297 y 343.

⁴⁹⁰ CANALS BRAGE, Fernando: “La inscripción de la hipoteca...”, op. cit., pp. 196-197.

oposición respecto de las circunstancias de la obligación garantizada se han visto recientemente ampliados (por virtud de la Ley 1/2013), pero en el ámbito exclusivo de los contratos con consumidores y de las cláusulas abusivas. Por tanto, esa inicial sacramentalidad de la base registral del procedimiento de ejecución contra los bienes hipotecados se ha ido paulatinamente difuminando⁴⁹¹, en la misma medida que se permitía a las partes, o sólo al acreedor, la determinación de la deuda, o, más ampliamente, de la obligación por la que se ejecuta al margen de la información registral. Y sin que esa determinación extrarregistral haya sido obstáculo para acabar admitiendo la ejecución directa, ni respecto de las hipotecas de tráfico, ni respecto de las de seguridad.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha sido renuente a suspender la ejecución hipotecaria por la mera alegación de la falta de constancia registral de la obligación por la que se procede, entendiendo que tal invocación no tiene como tal cabida entre las causas de oposición, que tienen carácter exhaustivo y taxativo⁴⁹².

Otros autores, por el contrario, se habían pronunciado en favor de la ejecutabilidad directa de la flotante⁴⁹³.

⁴⁹¹ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo X, pp. 328 y ss. Otras muestras de que la constancia registral no es condición necesaria y suficiente de la ejecución son que se exige requerimiento de pago al propietario no inscrito cuando el ejecutante sea conecedor de su condición (RDGRN de 23 de julio de 2011, La Ley 187877/2011) o que en la certificación de cargas se exige al registrador hacer constar “que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el Registro” (art. 656.1 LEC), sin requerirle transcripción literal del asiento.

⁴⁹² AAP Madrid n.º 182/2011, de 16 marzo de 2011, Secc. 12.ª, Sr. Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, AC 2011/1790: frente a la ejecución de una hipoteca en garantía de un contrato de arrendamiento, en reclamación de rentas impagadas y una cláusula penal, se formula por los hipotecantes no deudores oposición basada, entre otras circunstancias, en la falta de constancia registral de la cláusula penal y en la falta de requerimiento previo de pago al deudor; se rechaza por no tener cabida en las causas de oposición del art. 695 LEC. Alguien no sospechoso de enfatizar las bondades de la constancia registral como GARCÍA GARCÍA reconoce que mientras que el antiguo 131 LH imponía la constancia en la demanda del judicial sumario de “[l]os hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito”, el art. 685 LEC ya no exige tal cosa y, además, el art. 698.2 LEC expulsa expresamente tales extremos del ámbito del ejecutivo hipotecario al diferir al declarativo posterior cualquier cuestión (distinta de las que fundamentan oposición conforme a los arts. 695-697 LEC) aunque verse sobre “la nulidad del título, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda” (GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, op. cit., p. 258). Ídem, BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago...*, op. cit., p. 115.

⁴⁹³ CHICO Y ORTIZ lo acepta, tanto respecto de las hipotecas de seguridad en general, como respecto a la hipoteca de máximo (CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 1994 (3.ª ed.), pp. 1.531.1.545). Ídem REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula...”, op. cit., pp. 130 y ss.; CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, op. cit., ed. de 2003 (1.ª ed.), pp. 568 y ss. Con claridad tras la aprobación de la Ley 41/2007, CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la

Los precedentes del Derecho comparado tampoco resultaban de gran utilidad en el debate. Así, aunque el paralelo de nuestra hipoteca flotante en el Derecho alemán (la *Höchstbetragshypothek* del 1.190 BGB) no goza de ejecutabilidad directa, allí se justifica en la imposibilidad de acudir a la ejecución sin previa liquidación (judicial o consensuada) de la deuda, extremo este que no es trasladable a nuestro Derecho, en el que se admite la ejecución de hipotecas con liquidación de la deuda por el propio acreedor, como en el penúltimo párrafo del art. 153 bis LH. Como se puso de relieve en el Capítulo II, ésta es una importante limitación de alcance de la hipoteca de máximo alemana, al punto de que se ha generado una práctica de utilización de “*hipotecas de máximo encubiertas*” (utilizando la expresión acuñada por el Tribunal Supremo alemán). Afortunadamente, en España la práctica no se verá arrastrada hacia derroteros de aplicación marginal de la figura o de utilización de otros subterfugios, puesto que la remisión del último párrafo del art. 153 bis LH permite defender con solidez la posibilidad de dirigir la acción directamente frente a los bienes hipotecados, sin necesidad de la previa acreditación registral de las obligaciones por las que se promueve la acción hipotecaria, sus importes, etc. y sin necesidad, obviamente, de promover procedimiento declarativo previo para dicha determinación en ausencia de aceptación por el deudor.

La DGRN admitió, inicialmente, la ejecución de una hipoteca global a través del judicial sumario del art. 131 LH, pese a que la escritura de hipoteca no acreditaba fehacientemente la existencia y el vencimiento de la deuda, permitiendo para ello la integración extrarregistral del título constitutivo a través de, por ejemplo, un protesto de letras de cambio⁴⁹⁴ o la certificación del saldo de una cuenta bancaria realizada por el acreedor⁴⁹⁵. Después, con el criterio restrictivo respecto de la hipoteca global en sí, llegó

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6964): Hipoteca en garantía de deuda determinable: hipoteca en garantía de apertura de crédito e hipoteca flotante. Liquidación de la obligación asegurada, ejecución y retroacción de la quiebra”, *CCJC* n.º 86, mayo-agosto 2011, pp. 1.103 y 1.104; CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, p. 336 y CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución...*, *op. cit.*, pp. 118, 188-195 y 588-591 y 596. Menos contundente es la conclusión en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad...”, *op. cit.*, pp. 260 y 261, pues por un lado se declara que “[e]n la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la LH, este documento que acredita la cuantía y la existencia de la obligación asegurada suele ser, como ya se ha indicado, la certificación unilateral del saldo realizada por el acreedor ejecutante” pero también que “puesto que el saldo final de la cantidad exigible en la hipoteca flotante consiste en la cuantificación de las diversas obligaciones garantizadas, no es suficiente como título de crédito, y deberán acompañarse de los títulos ejecutivos de los que resulten todas las obligaciones reclamadas”.

⁴⁹⁴ RDGRN 28 de febrero de 1933 (RJ 1933/1833).

⁴⁹⁵ RDGRN de 16 de junio de 1936 (RJ 1936/1544), que llega a esta conclusión aplicando

también el rechazo de la facultad de liquidación unilateral de deuda por el acreedor como mecanismo habilitador del ejecutivo hipotecario (se aducía que esta posibilidad era excepcional y aplicable únicamente a la hipoteca del art. 153 LH)⁴⁹⁶.

La referencia al carácter sumario y excepcional del ejecutivo hipotecario y su incompatibilidad consustancial con la incompleta determinación registral de las obligaciones garantizadas en una hipoteca flotante “pura” no me parece atendible. Otro tanto ocurre en relación con otras hipotecas de seguridad y hasta de tráfico, como se ha señalado antes.

La sanción de constitucionalidad del ejecutivo hipotecario que resulta de la famosa STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981 (Sr. Díez-Picazo y Ponce de León) (RTC 1981/41) (y, en la misma línea, del más reciente ATC n.º 113/2011 de 19 de julio de 2011, RTC 2011/113 Auto, que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad 7223-2010 planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sabadell respecto de los arts. 579, 695 y 698 LEC) se hace sin dejar de admitir el TC el riesgo de pluspetición o de ejercicio injustificado de la ejecución por parte del acreedor ejecutante, razón precisamente por la cual, *“no se produce el efecto de cosa juzgada, y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo”* ya que *“la radical limitación de las excepciones [oponibles en el ejecutivo hipotecario] no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor”*⁴⁹⁷. Adicionalmente, el TC apela al carácter constitutivo de la hipoteca, y a las especiales

análogicamente el art. 153 LH, al igual que la de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851). Respecto de las hipotecas de seguridad en general, la RDGRN de 3 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10239) afirma que la falta de determinación registral de la deuda y la cuantía no impide que el acreedor pueda obtener en su día un título suficiente para despachar la ejecución por el procedimiento judicial sumario. Ídem. RDGRN de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7655), 28 de enero de 1998 (RJ 1998/279), 24 de agosto de 1998 (RJ 1998/6585) o de 19 de julio de 2002 (La Ley 10651/2003).

⁴⁹⁶

RDGRN 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186).

⁴⁹⁷

En el mismo sentido, las SSTC de 30 de junio de 1993 (RJ 217/1993), 18 de octubre de 1993 (RJ 269/1993) y 4 de diciembre de 1997 (RJ 223/1997), dictadas en sendos recursos de amparo acumulados avocados al Pleno: “[e]n el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión [...] No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud. [...] [e]l hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución [...]. Queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, [...] este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE”. Y antes de la STJUE en el caso Aziz al que luego haré referencia, en el ATC n.º 113/2011 de 19 de julio de 2011 (RTC 2011/113 Auto), en cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sabadell.

garantías de su necesario otorgamiento en escritura pública y de su inscripción, operación y cancelación registral, como mecanismo de defensa del deudor frente a la cierta limitación del principio de contradicción en el procedimiento de ejecución hipotecaria, justificando así una suerte de vínculo indisoluble entre hipoteca y ejecución sumaria:

“El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. [...] Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”.

Entendía el TC en estos fallos que no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en relación con la igualdad de las partes en el proceso, con el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), porque la ejecución no es más que una vía de apremio sin fase de cognición, pero que no impide a los interesados acudir al procedimiento declarativo para la defensa de sus intereses. La existencia, en fin, de garantías suficientes para defenderse contra una ejecución injustificada (como la obligación de indemnizar daños y perjuicios del ejecutante en iniquidad –art. 538.4 LEC–, el sobreseimiento del procedimiento en caso de cancelación de la hipoteca –art. 688.3 LEC–, la reserva del declarativo posterior o la posibilidad de asegurar la efectividad del fallo del juicio declarativo posterior mediante retención de todo o parte de la cantidad que haya de entregarse al acreedor –art. 698 LEC–) permiten

entender compatible hipoteca flotante y ejecución hipotecaria.

1.2.2 La incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013

Esta jurisprudencia constitucional, perfectamente asentada, se ha desquebrajado recientemente con la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera), en el llamado *caso Aziz* (en cuestión prejudicial suscitada por el JdM n.º 3 de Barcelona al amparo de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de la Unión Europea) que declaró que las normas procesales españolas contrariaban la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, dado que no reconocían al consumidor la facultad de instar (y conseguir) la paralización de la ejecución hipotecaria en los casos en los que esté en causa la nulidad de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario en razón de su carácter abusivo (en efecto, las normas españolas impiden que en el juicio declarativo ante el que se estuviera ventilando la abusividad de la cláusula se postulara y obtuviera como medida cautelar la paralización de la ejecución e impidían invocar el carácter abusivo de las cláusulas como oposición a la ejecución, al recogerse un *numerus clausus* de causas de oposición). Invocando el comunitario “principio de efectividad”, el Tribunal recuerda que aunque los Estados Miembros tienen autonomía para regular los mecanismos procesales de ejecución forzosa, no pueden hacerlo de forma que “*hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)*” (véanse en este sentido, las sentencias de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. P. I-10421, apartado 24, y de 6 de octubre de 2009, *Asturcon Telecomunicaciones*, S-40/08, Rec. P. I-9579, apartado 38)”. Y aunque reconoce que en el juicio declarativo coetáneo o posterior podría el consumidor cuestionar con toda amplitud la validez de una cláusula abusiva (al no producir la sentencia de ejecución efecto de cosa juzgada), e incluso asegurar la efectividad de la sentencia del declarativo mediante la retención de la cantidad que haya de ponerse a disposición del ejecutante (*ex art. 698.2 LEC*), la pretensión que podría ejercitarse en ese procedimiento podría quedar confinada en la práctica a la meramente indemnizatoria, puesto que el tercero rematante en la ejecución adquiriría de forma irrevindicable (“*irreversible*” dice el Tribunal) por efecto del art. 131 LH, que ordena la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar

la suspensión de la ejecución, en virtud del mandamiento de cancelación del art. 133 LH, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. De donde, *a contrario*, resulta que es reivindicable la titularidad del rematante en la ejecución si el deudor ha promovido y conseguido la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas. Y eso anima al Tribunal a proclamar que esa protección *a posteriori* no es un medio “*adecuado y eficaz*” en contra de lo que establece el art. 7.1 de la Directiva, máxime cuando el bien hipotecado es la vivienda del consumidor.

Aunque el Tribunal reconoce que las normas procesales e hipotecarias españolas permitirían al consumidor evitar una adquisición irreivindicable por parte del rematante (promoviendo la cuestión de fondo y obteniendo anotación preventiva de nulidad de la hipoteca antes de la expedición de la certificación de cargas en el proceso de ejecución hipotecaria), “*tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (sic)*” (apartado 58 de la sentencia), concluyendo “[...] *un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva*” (apartado 59).

Esta sentencia forzó al legislador español a ampliar las causas de oposición del art. 695.1 LEC para incorporar la alegación del carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible⁴⁹⁸ (*vid.* art. 14 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). El Tribunal Europeo contraría así el endoso que nuestra jurisprudencia

⁴⁹⁸

Adviértase que la causa de oposición en la ejecución hipotecaria (judicial o extrajudicial, conforme al art. 129 LH que usa la misma expresión que el art. 695.1.4ª LEC) es sin embargo más restrictiva que en la ejecución ordinaria en la que la causa de oposición correspondiente exige simplemente que “*el título contenga cláusulas abusivas*” (nueva redacción del art. 557.1.7ª LEC).

constitucional había dispensado al procedimiento de ejecución hipotecaria en la referida sentencia STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981 (Sr. Díez-Picazo y Ponce de León) (RTC 1981/41) y demás concordantes.

En aplicación de la sentada jurisprudencia comunitaria en torno a la Directiva de contratos con consumidores⁴⁹⁹, incluso antes de la modificación de la norma procesal mediante la Ley 1/2013, los jueces españoles estaban obligados a inaplicar los arts. 695 y 698 LEC (pero exclusivamente en el ámbito de contratos con consumidores) y, por consiguiente, a admitir como causa de oposición a la ejecución hipotecaria la invocación de la existencia de una cláusula abusiva (si se suscita ante el juez de la ejecución) o a conceder una medida cautelar de paralización de la ejecución en el seno del procedimiento declarativo en el que se cuestionara dicha cláusula (obviamente, en este caso, con observancia de los requisitos generales de los arts. 721 y ss. LEC para las medidas cautelares y, en particular, siempre que se consiga fundar “*un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*”) e, incluso, a apreciar de oficio la abusividad de una cláusula y la consecuente paralización de la ejecución⁵⁰⁰.

Debe tenerse en cuenta que de la sentencia referida no resulta tacha o nulidad sobre las tres cláusulas substantivas a las que se había extendido la cuestión prejudicial planteada por el JdM n.º 3 de Barcelona, a saber, la cláusula que establecía unos intereses de demora del 18,75%, con devengo automático sin necesidad de reclamación (cláusula 6 del contrato de préstamo hipotecario), la que permitía al acreedor declarar el vencimiento anticipado por impago de cualquiera de los plazos pactados (cláusula 6 bis) o que establecía la facultad del acreedor hipotecario para liquidar la deuda a efectos de la ejecución judicial posterior (cláusula 15)⁵⁰¹. Sobre éstos, el Tribunal se limita a dar

⁴⁹⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 4 de junio de 2009, Pannon GSM C-243/08, Rec. p. I-4713, apdos. 31-32, de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, Rec. p. I-0000, aptdo. 43, 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, JUR 2013/59911, apdos. 22 y 23 y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, La Ley 16295/2013, aptdo. 60.

⁵⁰⁰ En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arrecife de 21 de marzo de 2013 que ordena suspender la ejecución despachada. El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arrecife de 8 de abril de 2013 (dictado en el seno de un procedimiento de ejecución) va incluso más allá al ordenar no sólo la nulidad del procedimiento de ejecución, sino también “*la nulidad de la escritura de préstamo que dio origen al presente procedimiento [...] por ser el interés moratorio usurario*” y “*la nulidad de la hipoteca que lo garantiza*”.

⁵⁰¹ A pesar de que la sentencia no tacha estas cláusulas, la Ley 1/2013 ha modificado los arts. 114 LH (para limitar al triple del interés legal del dinero los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas sobre la misma vivienda) y 693 LEC (para impedir la ejecución hipotecaria cuando se impaguen menos de tres plazos

unas pautas de interpretación a la luz de la norma comunitaria. Respecto de la última de estas tres (el pacto de liquidación), sanciona simplemente la competencia del juez nacional para apreciar o no si es contrario a la protección dispensada al consumidor comunitario:

“ [...] teniendo en cuenta el número 1, letra q), del Anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa” (apartado 75 de la sentencia).

Por ello, es preciso afirmar, con rotundidad, que la sentencia no cuestiona la licitud del pacto de liquidación unilateral por el acreedor hipotecario en el marco de los contratos con consumidores. Resulta interesante mencionar que la sentencia se refiere específicamente a la regla de habilitación del pacto unilateral de liquidación de la deuda que se recoge en los últimos dos párrafos del art. 153 bis LH, a pesar de que, en la fecha en la que se concertó el préstamo hipotecario del Sr. Aziz (19 de julio de 2007), no se había promulgado la Ley 41/2007 y, por tanto, no existía el art. 153 bis LH, por lo que resulta imposible que la cláusula 15 del préstamo hipotecario se refiriera a dicha norma legal⁵⁰².

En los últimos tiempos, y al socaire del enorme eco social y mediático que ha suscitado la ejecución hipotecaria, algunos grupos parlamentarios han centrado sus críticas precisamente en la hipoteca flotante (en particular, en la hipoteca flotante

mensuales o un número de cuotas tal que impliquen incumplimiento por un plazo equivalente a menos de tres meses).

502

En este mismo error incurre la orden justificada (*reasoned order*) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de noviembre de 2013 (adoptada conforme al art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal) en los casos acumulados C-537/12 (Banco Popular Español, S.A. vs Dña. María Teodolinda Rivas Quichimbo y D. Wilmar Edgar Cum Pérez) y C-116/13 (Banco de Valencia, S.A. vs D. Joaquín Valdeperas Tortosa y Dña. María Ángeles Miret Jaume), conforme a cuestiones prejudiciales promovidas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja y el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, respectivamente. En efecto, la orden justificada cita a los dos últimos párrafos del art. 153 bis LH como el derecho en vigor aplicable a la contienda, a pesar de que los dos contratos de préstamo en discusión habían sido concertados el 28 de mayo de 2005 (el de los Sres. Cun Pérez y Rivas Quichimbo) y el 26 de julio de 2007 (el de los Sres. Valdeperas Tortosa y Miret Jaume) y, por tanto, antes de la promulgación de la Ley 41/2007 y la introducción del art. 153 bis LH.

bancaria), llegando a proponer la derogación del apartado a) del artículo 153 bis LH⁵⁰³. Ninguna de estas iniciativas justifica en forma alguna la propuesta de derogación, substrayéndonos por tanto a los juristas la posibilidad de enjuiciarlas. Lo que en cualquier caso es poco discutible es que la hipoteca flotante no ha tenido incidencia alguna en la grave situación social creada en torno a la ejecución de préstamos hipotecarios sobre la vivienda durante los últimos años en el contexto de la crisis inmobiliaria, financiera y económica por la incontestable evidencia de su escasísima utilización en el este ámbito. Y por eso resultan poco dignas de crédito estas iniciativas que, en un inflamado ambiente de demonización de los bancos y del sistema hipotecario, despachan propuestas de derogación de una institución que, simple y llanamente, no ha tenido incidencia alguna en ese problema social.

1.2.3 La compatibilidad del procedimiento de ejecución directo y la hipoteca flotante

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, algunos autores habían mostrado preocupación sobre la falta de adecuación de las causas de oposición dentro del proceso de ejecución directa sobre los bienes hipotecados a la nueva hipoteca flotante⁵⁰⁴.

En este sentido, es de lamentar que se eliminara en el Proyecto remitido a las

⁵⁰³ Proposición de ley n.º 122/000041, de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (BOCG n.º 53-1, de 3 de febrero de 2012, Serie B, pp. 1-8); proposición de ley n.º 125/000011, de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del Parlamento de Cataluña (BOCG n.º 93-1, de 7 de septiembre de 2012, Serie B, pp. 1-10); proposición de ley n.º 122/000083, de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (BOCG n.º 100-1, de 23 de noviembre de 2012, Serie B, pp. 1-10) y proposición de ley n.º 122/000082, de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (BOCG n.º 99-1, de 23 de noviembre de 2012, Serie B, pp. 1-10). No incluyo en el conjunto anterior a la proposición no de ley 162/000260 del Grupo Parlamentario Mixto (BOCG n.º 119, 5 de diciembre de 2008, 9-12) porque en esta sí se contiene una justificación (aunque no me convenza) sobre la propuesta concreta de derogación de la hipoteca flotante.

⁵⁰⁴ DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación...”, *op. cit.*, pp. 18-19. Al igual que más arriba recordábamos la relación entre accesibilidad del crédito hipotecario y agilidad y eficacia en la ejecución hipotecaria y las recomendaciones del Libro Blanco al respecto, éste también contiene exhortaciones a los Estados Miembros para introducir “*más transparencia y confiabilidad en sus sistemas registrales, en particular en relación con las cargas ocultas*” (que recuerdan la Exposición de Motivos de la LH 1861: “*la condición más esencial de todo derecho hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que pueda tener el acreedor hipotecario*”).

Cortes la Disposición Final Segunda del Anteproyecto, que proponía modificar los arts. 656 y 688 LEC. Digo que es de lamentar no porque fueran dos buenas modificaciones, que no lo eran desde un punto de vista técnico, sino porque salían al paso (aunque fuera de forma insuficiente) a esa preocupación. Así, se proponía añadir un nuevo número 3 en el art. 656.1 LEC, relativo al contenido de la certificación de dominio y cargas para obligar al registrador a hacer constar “[...] *el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*”.

La verdad es que el inciso no tenía sentido. Por una parte, porque no es en el registro donde consta el principal “*reclamado*” (tratándose de una hipoteca ordinaria) o el saldo final “*exigible*” (siendo una de máximo); esa información obra en el procedimiento de ejecución. Y, respecto de la hipoteca de máximo, la exigencia de que el registrador hiciera constar la información registral sobre el “*saldo final exigible*” parecería presuponer que ese saldo hubiera tenido previamente acceso al registro lo que, además de no venir impuesto por ninguna otra norma, desvirtuaría la aspiración a la integración extrarregistral que debería caracterizar la ejecución de esta garantía⁵⁰⁵. La referencia al “*saldo final exigible*” en cuanto al contenido de la certificación era, ciertamente, confusa. Pese a la literalidad, yo siempre vi en esta expresión una referencia al importe máximo garantizado por la hipoteca, esto es, la responsabilidad máxima hipotecaria y no al “*saldo exigible*” en ese momento⁵⁰⁶. Ello porque en la hipoteca de máximo no se impone la integración registral de la obligación previa a la ejecución, esto es, la constancia registral de las circunstancias de la obligación u obligaciones garantizadas que determinan, en el momento de la ejecución, el saldo o cantidad exigible. No sólo no se impone en la ley, sino que resultaría una exigencia completamente antagónica con la esencial integración o determinación extrarregistral que subyace en las hipotecas de máximo⁵⁰⁷. El registro no tiene por qué dar a conocer

⁵⁰⁵ Esta parecía ser en efecto la lectura que hacía uno de los miembros de la ponencia de la DGRN que redactó el borrador del Anteproyecto: GÁLLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma...”, *op. cit.*, pp. 334-335: “*En el borrador original del anteproyecto de Ley se proponía la reforma paralela de la Ley de Enjuiciamiento civil, de forma que para poder acudir al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, debía previamente determinarse registralmente el saldo final exigible, lo que debería constar en el mandamiento [...]. Sin razón aparente no se ha incorporado esa reforma [...] en el texto final de la Ley 41/2007, que creo era conveniente para no poner en entredicho el adecuado funcionamiento del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, que se basa en los pronunciamientos registrales, y que no debiera iniciarse sin esa concreción registral del saldo debido*”. Ídem GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 1.139.

⁵⁰⁶ En contra, si bien coincidiendo en la crítica de la redacción, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁰⁷ En efecto, en las hipotecas de seguridad (especie de la que es género la de máximo), la inscripción

cuál es, en el momento en el que el acreedor desata la ejecución, el saldo debido garantizado por una hipoteca de máximo, tanto menos cuando se trate de una hipoteca de máximo flotante (en la que pueden existir más de una obligación llamada a quedar cubierta por la hipoteca y en la que cabe al acreedor la facultad de seleccionar, de entre las obligaciones aseguradas, por cuál o cuáles de las incumplidas ejecuta e incluso de liquidarlas, si así se ha contemplado en la escritura de constitución). A esta misma conclusión me llevaba, por otra parte, el inciso inicial de la propuesta de modificación, que contenía la referencia al *“importe del principal reclamado”*. Tampoco es imprescindible que quede constancia en el registro, en cada momento, del importe de principal que asegura una hipoteca ordinaria. Se puede obviamente ejecutar una hipoteca ordinaria por el importe remanente tras una amortización voluntaria extraordinaria de la que no se ha tomado constancia registral. Lo importante, tanto para la ejecución de una hipoteca ordinaria, como de una hipoteca de máximo (sea o no flotante), es que la cifra de principal reclamado o el saldo final por el que se ejecuta estén por debajo del importe de principal o de la responsabilidad máxima hipotecaria que el registro en ese momento publicita. Y para efectuar esta comprobación, se proponía exigir al registrador que hiciera constar en la certificación este extremo (según se tratara de una hipoteca ordinaria o de máximo). Pero se exigía con semejante impropiedad o incorrección para las hipotecas ordinarias y para las de máximo. Además, la constancia registral del importe o saldo final a través de nota marginal no protege mejor a los terceros registrales (el tercer poseedor, los titulares de derechos de rango posterior, etc.), dado que puede conseguirse mediante solicitud firmada por ambas partes (esto es, acreedor y deudor) ratificada ante el Registrador o con firmas legitimadas. E incluso sólo por el acreedor, cuando conste en documento público. Por

no tiene valor probatorio (debiendo el acreedor evidenciar que la deuda existe), además de que, en cuanto al derecho personal, la inscripción no tiene frente al tercero valor positivo ni negativo pues, lo que pasa fuera del registro, tiene tanta fuerza como lo consignado en el mismo (la compensación, el pacto o promesa de no pedir, la quita, el pago parcial, etc. despliegan efectos sobre el acreedor cesionario aun cuando no se inscriban) (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca de seguridad”, en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios...*, *op. cit.*, p. 716). En este mismo sentido, ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo IX, p. 323-328; PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 306. VALERO FERNÁNDEZ-REYES lamenta la supresión del inciso que se proponía añadir en el art. 656 LEC con el argumento de que, siendo en su opinión el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados un procedimiento de esencia registral, resultaba conveniente la previa determinación registral del saldo final exigible por nota la margen de la inscripción de hipoteca (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial...”, *op. cit.*: “Por su parte, el borrador original del anteproyecto de ley, respondiendo a la idea de que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados es un procedimiento de esencia registral (cfr. artículo 130 LH), imponía la previa determinación registral del saldo final exigible por nota la margen de la inscripción de hipoteca [...]”).

tanto, los terceros registrales no pueden impedir la constancia registral y, no pudiendo impedirla, decae completamente la fundamentación para exigirla como requisito de procedibilidad de la acción hipotecaria (se tornaría, en tal caso, en una formalidad meramente dilatoria de la acción real, que obliga al acreedor a soportar costes –por ejemplo, los aranceles registrales– que no redundan en beneficio de ninguna de las partes o los terceros registrales).

La modificación legal debería haber exigido al registrador la constancia en la certificación, por referencia a los datos en ese momento obrantes en el registro, de:

- (a) tratándose de una hipoteca ordinaria: el importe de principal de la obligación, y de la responsabilidad hipotecaria por intereses (distinguiendo entre ordinarios y de demora) y por costas y gastos; y
- (b) tratándose de una hipoteca de máximo: el importe de principal de la obligación u obligaciones aseguradas (si consta en el registro porque, por ejemplo, se tratase de una hipoteca de máximo flotante en garantía de obligaciones presentes y de cuantía determinadas), o, en otro caso, el importe de la responsabilidad hipotecaria por principal de la obligación u obligaciones aseguradas (si se hubiera procedido a la constancia registral del desglose o división de la responsabilidad hipotecaria por obligación asegurada), la responsabilidad hipotecaria por intereses (distinguiendo entre ordinarios y de demora) y la responsabilidad hipotecaria por costas y gastos, o, en caso de que no se hubiera efectuado el desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas (es decir, si la hipoteca permanece en situación de indiferenciabilidad), el importe de la responsabilidad máxima hipotecaria, y las distintas partidas que, en su caso, la compongan.

Por otro lado, mediante una adición al final del primer párrafo del art. 688.2 LEC, se obligaba al registrador a hacer constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca “*el importe del principal reclamado o el saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*” (junto con el hecho de la certificación de dominio y cargas y la existencia al procedimiento a que se refiere, que ya figura en ese artículo). La redacción aquí era algo más acertada, al menos respecto a la hipoteca de máximo, pues obligaba al registrador a dejar constancia al margen de la hipoteca del “*saldo final exigible*” en el procedimiento de ejecución (habría sido más oportuno hablar de “*exigido*” en vez de “*exigible*”). Respecto de la hipoteca ordinaria, no se entendía por qué se obligaba a

consignar el principal “*reclamado*” y no las demás partidas reclamadas aseguradas por la hipoteca (intereses ordinarios, de demora o costas)⁵⁰⁸.

El Proyecto prescindió de una modificación en este sentido, sin que las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado por el Grupo Popular (también defendidas por la AHE⁵⁰⁹) fueran finalmente aceptadas.

1.2.4 La determinación unilateral de la deuda por el acreedor

Como ya he mencionado, la regla de determinación unilateral de la deuda (en puridad, de liquidación de la deuda) por el acreedor hipotecario que acoge el art. 153 bis LH no supuso ninguna novedad. Se recogía ya en nuestro Derecho con carácter general (aplicado a cualquier tipo de relaciones jurídicas entre cualesquiera partes) en los arts. 575.2 y 573 LEC, en la redacción de la LEC vigente desde 2000, e incluso antes (si bien circunscrito a las “*hipotecas constituidas a favor de Bancos, Cajas de Ahorro y sociedades de crédito debidamente autorizadas, en garantía de operaciones cambiarias y crediticias*”) en el art. 245 RH⁵¹⁰.

Precisamente porque la liquidación unilateral de la deuda se permite en nuestro Derecho en cualquier tipo de relaciones jurídicas y cualesquiera que sean las partes (y no sólo cuando el deudor es un consumidor), no parece que pueda ser cuestionada desde la perspectiva del “*principio de equivalencia*” en el contexto de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores cuando se establezca entre las cláusulas no negociadas individualmente en un contrato

⁵⁰⁸ Se lamenta también de que no se acogiera en la ley este añadido sobre el contenido de la nota al margen de la hipoteca en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial...”, *op. cit.*: “[...] dicha constancia se convierte en una información fundamental para los posibles rematantes y terceros, a semejanza de los saldos de las cargas anteriores del artículo 657 de la LEC, y con carácter tuitivo para el deudor, así como en un requisito indispensable para la posibilidad de ejecución parcial de la flotante”. Estoy de acuerdo en que habría sido más tuitivo para los terceros que inscribieran o anotaran derechos posteriores a la expedición de la nota marginal que ésta diera cuenta de la cantidad reclamada (sea en una hipoteca de máximo, sea una flotante). Para el rematante o para el deudor, sin embargo, esta información es prescindible, porque habrán de guiarse por lo que resulte del procedimiento de ejecución. Tampoco estoy de acuerdo en que esa constancia en la nota al margen sea requisito indispensable para la ejecución parcial de la hipoteca flotante, como no lo es para la ejecución contemplada en el art. 693.1 LEC o 127 LH, en donde no se exige ninguna constancia registral de la circunstancia de que la ejecución es sólo por los plazos impagados y sin purga de la hipoteca.

⁵⁰⁹ Asociación Hipotecaria Española: Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española. Informe del Presidente, 27 de junio de 2007, p. 20. La AHE entiende, sin embargo, que la expresión “*hipoteca de máximo*” a que se refiere la disposición final segunda del Anteproyecto aludía a la nueva “hipoteca recargable” (es decir, a la posibilidad de ampliar un préstamo hipotecario sin perder rango).

⁵¹⁰ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La “hipoteca global”: valoración y crítica. Estudio de la obligación garantizada, su singularidad o pluralidad y su determinación*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004, pp. 157-158.

con consumidor (en aplicación de dicho principio, la jurisprudencia comunitaria tiene declarado que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución, la determinación de las modalidades de aplicación de los motivos de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y las facultades conferidas al juez ante el que se ventile el proceso para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales del título de ejecución corresponde al legislador nacional, a condición de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno). En el caso concreto de la facultad de liquidación unilateral por el acreedor flotante que habilita el art. 153 bis LH, esa facultad se reconoce cualquiera que sea el deudor o el hipotecante no deudor (ya que, al contrario que para la parte activa, en la parte pasiva de una hipoteca flotante no se establece delimitación subjetiva alguna) y, en consecuencia, tanto si es consumidor como si no lo es (dificultándose por ello cualquier invocación de infracción del referido principio de equivalencia). En este contexto de contratación con consumidores, la STS n.º 792/2009 de 16 de diciembre de 2009 (Secc. 1.ª) (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2010/702) (dictada en interés casacional) rechaza la abusividad de la cláusula de determinación de la cantidad debida mediante certificación expedida por la parte profesional, que abre el despacho de ejecución conforme a la normativa procesal aplicable⁵¹¹.

Me parece claro, por todo ello, que el acreedor hipotecario ha de tener plena libertad para integrar la totalidad o parte de las obligaciones garantizadas vencidas en el saldo reclamable en ejecución, sin necesidad de esperar hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca consignado en el título. De hecho, con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, la DGRN no opuso objeción alguna respecto del derecho del acreedor a anticipar la fecha de cierre de una cuenta de crédito garantizada por una hipoteca del art. 153 LH, aunque acabara por rechazar la inscripción de la hipoteca por entender que quedaba al arbitrio del acreedor la determinación de cuáles de obligaciones asegurada y sobre todo cuándo se producía la extensión del manto protector de la hipoteca, lo que se consideraba en contra de lo dispuesto en el art. 1.256 CC y de la exigencias de la *pars conditio* (RDGRN de 12 de septiembre de 2003, RJ 2003/6275).

En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante

⁵¹¹ Vid. comentario de esta sentencia en DÍAZ RUIZ, Emilio: “Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria (Comentarios a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009)”, *RDBB*, n.º 119, julio-septiembre 2010, pp. 279-306.

(por ejemplo, cuando se trate de una obligación futura), será preciso acreditar dichos extremos. En la hipoteca flotante pura “*se niega al acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende*” dice la RDGRN de 21 de marzo de 1921, aunque “*se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hayan constar en el Registro*” (RDGRN de 17 de marzo de 1917 y de 21 de marzo de 1921).

Una primera fórmula de acreditación de esos extremos sería a través de la nota marginal del art. 143 LH (para la que, a su vez, sería preciso consentimiento del hipotecante o constancia en documento público, conforme al art. 238 RH), que debería entenderse de aplicación analógica a la hipoteca flotante en garantía de obligación futura⁵¹².

El segundo camino sería mediante la integración extrarregistral de la hipoteca, a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al art. 517 LEC. Y a este respecto, téngase en cuenta la posibilidad, admitida en los arts. 572 y 573 LEC y en el penúltimo párrafo del art. 153 bis LH, de que la cantidad líquida sea determinada por el acreedor “*en la forma convenida por las partes en la escritura*”, sin que esta generosidad se refiera a un determinado tipo de contratos o de acreedores (los “*contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o póliza intervenida*” como sí hacía el art. 1.435 de la antigua LEC o “*las hipotecas constituidas a favor de Bancos, Cajas de Ahorros y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas, en garantía de operaciones cambiarias y crediticias*” como sigue refiriendo el art. 245 RH⁵¹³).

El pacto de liquidación puede establecerse por referencia al saldo de una cuenta, de carácter instrumental, entendiéndolo como representación contable, en el sentido en

⁵¹² PRETEL SERRANO no advierte dificultad para dicha nota marginal respecto de la hipoteca del art. 153 LH (PRETEL SERRANO, Juan José: Comentario al art. 153 LH en ALBADALEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia [Dir.], *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8°, Madrid: Edersa, 2000, p. 398).

⁵¹³ CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global...*, op. cit., p. 212-213: “[...] si en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente y de cuenta corriente comercial, el legislador ha permitido que la existencia y cuantía de la obligación sea acreditada a efectos ejecutivos por medio de la certificación de saldo emitida por la entidad acreedora, no hay ninguna razón convincente para excluir esa forma de ejecución de cualquier otro caso en el que una entidad de crédito pretenda la ejecución de una hipoteca por el incumplimiento de obligaciones que hayan sido objeto de asiento contable”. Tras la promulgación de la LEC y la generalización de la posibilidad de certificación del saldo a efectos de ejecución de los arts. 572.2 y 573 LEC, esta polémica está superada.

que lo hizo la STC n.º 141/1995 de 3 de octubre de 1995 (Sr. Jiménez de Parga y Cabrera) (RTC 1995/141), al hilo de la interpretación sobre el art. 1.435 de la antigua LEC. El recurso a la cuenta es, quizá, consecuencia de la tradición histórica, por aplicación mimética del art. 153 LH y también de la redacción del art. 1.435 de la anterior LEC (que se refería al “saldo [coincidente] con el que aparece en la cuenta abierta al deudor”). Pero la cuenta pierde relevancia ya desde la LEC vigente y tampoco la tiene en el art. 153 bis LH⁵¹⁴. Un ejemplo del pacto de liquidación podría ser el siguiente (tomado de una escritura de hipoteca flotante en garantía de una línea de avales):

“Estipulación Cuarta.- Cuenta especial

Conforme se detalla en la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión de Garantías y a los efectos previstos por el artículo 153 bis LH, el Acreedor Hipotecario ha abierto o abrirá en sus libros una cuenta especial a los Afianzados (incluido el Hipotecante), en la cual se refleja y/o se reflejarán las cantidades en cada momento debidas al Acreedor Hipotecario respecto de las Obligaciones Garantizadas.

El saldo de dicha cuenta, en lo que respecta a las Obligaciones Garantizadas, representará la cantidad que los Afianzados (incluido el Hipotecante) deban en cada momento al Acreedor Hipotecario.

Se acuerda expresamente a los efectos de una eventual ejecución de la Hipoteca Flotante y del cálculo de las cantidades líquidas y exigibles debidas por los Afianzados (incluido el Hipotecante) al Acreedor Hipotecario conforme a las Obligaciones Garantizadas, que dicha cantidad será igual al saldo total deudor resultantes del cierre de la mencionada cuenta a la fecha de ejecución. Dicho cálculo se establece sin perjuicio de cualquier otra cantidad que se pueda adeudar en dicha cuenta con posterioridad a la ejecución parcial de la Hipoteca Flotante en relación con cualquiera de las Fincas (pero no de todas) y que podrá exigirse conforme a lo previsto en el referido Contrato de Concesión de Garantías y que estará, en su caso, garantizada por el resto de Fincas que pudieran seguir gravadas por la Hipoteca Flotante en cada momento. El Acreedor Hipotecario podrá integrar en el saldo de la citada cuenta, o reclamar

514

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo”, *RJN* n.º 77, enero-marzo 2011, p. 72, 74 y 76.

directamente frente a los bienes hipotecados, a su entera discreción, el saldo debido e impagado respecto de cualquiera de las Obligaciones Garantizadas (en particular, lo debido bajo cualquiera de las Garantías Objeto de la Hipoteca)”.

Pero también puede establecerse de forma autónoma, por referencia a la mera unión de los saldos debidos respecto de las obligaciones garantizadas, sin referencia a “cuenta” alguna. Como, por ejemplo, en la siguiente cláusula:

“Quinta.- Determinación de la deuda exigible garantizada por la Hipoteca Flotante

A los efectos de ejecución hipotecaria, las partes convienen expresamente que la cantidad líquida exigible a que asciende la deuda garantizada a la fecha de ejecución de la Hipoteca Flotante (sea esta total o parcial) pueda acreditarse mediante certificación (expedida por el Acreedor Hipotecario), del saldo conjunto que en dicho momento presente la cuenta o las cuentas relativas a las Obligaciones Garantizadas por las que se proceda a la ejecución, conforme a la Cláusula 3 de esta Escritura y Séptima del Contrato de Concesión de Garantías, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses y demás importes que determinan dichos saldos concretos conforme a la regulación aplicable. La certificación hará fe en juicio y fuera de él, comprometiéndose el Hipotecante a aceptar su validez y sometiendo a la misma a todos los efectos. Se pacta expresamente, a efectos de la ejecución de la Hipoteca Flotante, que bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de la copia de esta Escritura junto con el acta notarial que incorpore la certificación expedida por el Acreedor Hipotecario, en la que el fedatario público que intervenga a requerimiento del Acreedor Hipotecario, haga constar que la liquidación de la/s deuda/s se ha practicado en la forma convenida por las partes, que ha sido previamente notificada al Hipotecante y que el saldo conjunto coincide con el sumatorio de la cantidad exigible al Deudor en cada una de las Obligaciones Garantizadas por las que se proceda, liquidada unilateralmente por el Acreedor Hipotecario conforme a lo previsto en cada una de dichas Obligaciones Garantizadas”.

En el pasado, se había objetado a la posibilidad de ejecución de la hipoteca global pura (esto es, en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas) alegando que la certificación del saldo por el acreedor bancario es sólo un medio de

liquidación de la deuda, pero no de acreditación de su nacimiento⁵¹⁵. En contra de este razonamiento se había argumentado que el efecto ejecutivo que se atribuye en el art. 153 LH a la liquidación hecha por el acreedor resulta de que el legislador otorga a dicha certificación, en sí misma (es decir, desvinculada de la constancia pública del crédito), la certeza suficiente para presumir “*iuris tantum*” la responsabilidad del deudor que autoriza la ejecución. Es el valor probatorio de los libros de los comerciantes, la atribución convencional de la facultad de liquidación al acreedor, la exigencia de notificación previa al deudor de la certificación y las posibilidades de contestación establecidas en el art. 153 LH lo que permiten atribuir a la liquidación misma el carácter de título ejecutivo. Siendo eso así para la hipoteca del art. 153 LH (art. 245 RH), no habría ninguna razón convincente para excluir esta forma de determinación de la deuda respecto de la hipoteca global. Es decir, el art. 153 bis LH podría ser interpretado en el sentido de atribuir a la certificación del acreedor, cuando se haya pactado esta facultad en la escritura de hipoteca, la condición de título ejecutivo en sí mismo, aunque la existencia y vencimiento de la obligación u obligaciones por las cuales se procede no resulte del registro, ni de otro título extrarregistral que lleve aparejada ejecución. Sobre la base de esta interpretación, debería admitirse ejecución incluso aunque no constase en título que llevase aparejada ejecución el nacimiento y vencimiento de un crédito garantizado por hipoteca flotante, con tal de que en la escritura de constitución se hubiere atribuido al acreedor facultad certificante⁵¹⁶. La dicción literal de los últimos dos párrafos del 153 bis LH parecería corroborar esta tesis⁵¹⁷:

- (a) En primer lugar, porque se refiere a la cantidad líquida determinada por el acreedor “*en la forma convenida por las partes en la escritura*”, y ello porque la

⁵¹⁵ GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero”, *RCDI* n.º 610, junio 1992, p. 1.403. CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 90 parece aceptar el carácter de título de ejecución de la certificación expedida por la entidad acreedora (art. 695.2ª LEC) pero sólo en los casos en los que la escritura de hipoteca atribuya al “*saldo final líquido garantizado*” virtualidad novatoria. En otro caso, deberán acompañarse los títulos (necesariamente ejecutivos) de los que resulten los créditos que se integran en el saldo certificado.

⁵¹⁶ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, p. 1.097. En el mismo sentido, VEIGA COPO, Abel: Comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275), *CCJC* n.º 64, 2004, pp. 435-459 y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Apuntes sobre la novación...”, *op. cit.*, p. 3.593). Aunque no específicamente en relación a la hipoteca global, GARCÍA GARCÍA muestra también simpatía hacia la atribución convencional de facultad certificante al acreedor en relación con la extensión de la nota del art. 143 LH, exigiendo para ello que se articule una cuenta corriente (GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación...*, *op. cit.*, p. 266).

⁵¹⁷ MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, pp. 247 y ss.; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 42.

referencia a la “*escritura*” apunta a la de constitución de hipoteca y no al título de crédito del que resulte la obligación (que podría documentarse de otras muchas formas).

- (b) Y en segundo lugar, porque hay una remisión expresa al ejercicio de la acción hipotecaria de conformidad con lo previsto en el art. 153 LH, referencia que, obviamente, habilita tanto el mecanismo de certificación del acreedor bancario como el sistema de doble libreta (en la medida que fuera objetivamente aplicable a la naturaleza de las obligaciones garantizadas por la flotante) allí contenidos.

No obstante, lo anterior, la exigencia de que se acompañe con la demanda “*el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución*” del art. 685.2 LEC impediría, en mi opinión, que se ejecutase una hipoteca flotante ante el vencimiento de una obligación no nacida al tiempo de la constitución de la flotante, cuya existencia no haya tenido constatación registral ni pueda evidenciarse en título que lleve aparejada ejecución (conforme al 517 LEC), incluso en el caso de que se haya pactado en la escritura de hipoteca flotante la facultad del acreedor de liquidar la deuda⁵¹⁸. Al fin y al cabo, liquidez y exigibilidad de la obligación operan en ámbitos diferentes. Mientras que la segunda se refiere a la acción

⁵¹⁸ A favor, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, pp. 188-189 (“[...] resulta ineludible que el nacimiento de la obligación que se trate de ejecutar se acredite necesariamente mediante uno de los títulos que llevan aparejada ejecución (517 LEC) [...] Aunque otra cosa pudiera parecer, estos documentos, la certificación y el documento fehaciente, tampoco son idóneos para sustituir al título ejecutivo, sino meramente para complementarlo”). Ídem, MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, *op. cit.*, p. 56. En contra, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, pp. 277, 278, 279 y 300 y CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 4 que atribuyen al certificado del saldo expedido por el acreedor al amparo de la posibilidad prevista en el art. 153 bis LH y protocolizado ante notario el alcance de verdadero título de ejecución, aunque las obligaciones de las que resulta dicho saldo no consten en documento con carácter ejecutivo. Estos dos últimos acaban reconociendo, no obstante, la relativa intrascendencia práctica del asunto, pues el notario difícilmente podrá cumplir con las exigencias de los arts. 572 y 573 LEC sin exigir el título específico de la deuda o deudas cuyo saldo se certifica. En una posición intermedia, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir...”, *op. cit.*, p. 1.657 (“[...] podemos decir que se puede asimilar la forma de acreditación del saldo resultante de la hipoteca flotante a las del artículo 153 LH, es decir, a través de la certificación bancaria, sin necesidad de aportar, además, el título constitutivo del crédito garantizado, que no servirá como título ejecutivo, pero sí a lo mejor como título que asegura la correcta acreditación del saldo”). Las afirmaciones del TS en torno a la hipoteca de máximo ordinaria a este respecto son plenamente aplicables a la flotante: “La hipoteca de máximo viene caracterizada porque garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre finca identificada, de importe cierto, pero sin referencia sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca (Resolución de la DGRN de 16-3-1929). El título para su ejecución no es por sí solo la escritura de constitución, ya que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, resultando el pacto sobre la determinación del saldo válido, conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 6-3-1995 [RJ 1995/1781])”. (STS n.º 607/1994 de 3 de julio de 1999, Sr. Villagómez Rodil, RJ 1999/4903, F.D. 2.º).

y, por tanto al fondo (el sí y el cuánto de la obligación), la primera alude a la forma, al cauce procesal (ejecutivo o no) de la reclamación y de ahí que, mientras que el control del carácter líquido de la deuda se efectúa de oficio por el juez, *inaudita parte debitoris* (arts. 520 y 549 LEC), el de la existencia de la deuda sólo puede efectuarse a instancia del ejecutado en el cauce de oposición a la ejecución. Y es que, en la génesis de este mismo debate, subyace igualmente el planteado antes de la Ley 41/2007 en torno a la utilización del expediente del art. 238 RH en relación con hipotecas de seguridad en garantía de obligaciones futuras o condicionadas. La referencia final en este art. al 142 LH, así como la generalidad de la expresión “*hipotecas [...] en garantía de operaciones cambiarias y crediticias*” había animado a utilizar la certificación unilateral de la entidad acreedora como medio de acreditación del nacimiento de la obligación futura o del cumplimiento de la condición a que quedaba sujeta la obligación condicional, y no sólo como instrumento de liquidación de la deuda. Interpretación rechazada con base en lo previsto en los arts. 143 LH y 238 RH (que exigen actuación bilateral o resolución judicial para lograr la constatación registral de la obligación futura o condicionada), y en el carácter de orden público (no dispositivo) que rige el ejercicio de la acción hipotecaria en el contexto de un procedimiento hipotecario caracterizado por la limitación de la contradicción procesal (STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, RTC 1981/41)⁵¹⁹. Es comprensible que la constancia registral del nacimiento de la obligación futura o condicional exija acuerdo bilateral o resolución judicial, en tanto que la liquidación de la deuda (que desencadena la ejecución) pueda diferirse al acreedor actuando unilateralmente, sin que quede justificado la utilización de uno de estos expedientes para conseguir el objetivo del otro. Y ello porque la constancia registral del nacimiento de la obligación futura o del cumplimiento de la condición de la obligación condicional transforma la hipoteca de seguridad en hipoteca de tráfico, de forma tal que la fe pública registral, que hasta ese momento sólo amparaba el derecho de hipoteca, ahora alcanza también al crédito garantizado en cuanto a su existencia y su contenido, permitiendo por tanto que si se enajena onerosamente a tercero de buena fe, éste pueda invocar la publicidad material para hacer soportar al hipotecante la realidad del crédito aunque éste se haya extinguido total o parcialmente civilmente. Por el contrario, la liquidación de la deuda por determinación unilateral del acreedor, aunque pueda abrir la vía ejecutiva, no

⁵¹⁹ GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Patología actual de las hipotecas de máximo”, *RCDI* n.º 593, julio-agosto 1989, pp. 1.118-1.150.

desprotege tanto al deudor como la constancia marginal del nacimiento de la obligación futura o condicional asegurada con la hipoteca, dado que el deudor tendrá expedita la vía de la oposición del art. 695 LEC si discrepa de la liquidación⁵²⁰ o, incluso, la posibilidad de reclamar la retención del remanente (art. 698.2 LEC)⁵²¹. Por eso, no es posible dar a la certificación unilateral del acreedor otro efecto que el de liquidar la deuda, sin que pueda servir además como título de ejecución en sí mismo⁵²².

De ahí que se imponga la conveniencia, respecto de las obligaciones futuras que pueda garantizar una flotante, de que el nacimiento de la obligación se evidencie mediante escritura, póliza o cualquier otro documento con fuerza ejecutiva, sin perjuicio de atribuir al acreedor en la escritura de hipoteca facultad certificante, para evitar completamente el riesgo de que el juez rechace despachar ejecución por no entender fehacientemente acreditada la existencia de la deuda (o por mejor decir, por no entender acreditada la deuda en título al que la ley apareja ejecución o valor ejecutivo). Lo que parece estar fuera de toda duda es que el respaldo positivo en el art. 153 bis LH a la facultad de liquidación de la deuda por el acreedor “*en la forma convenida por las partes en la escritura*” hace innecesario el cumplimiento de las específicas reglas de liquidación de los arts. 572-574 LEC (que también se refieren al “*saldo*”) como requisito de procedibilidad de la ejecución. O dicho de otra forma: es imposible reconocer al pacto entre las partes respecto de la liquidación de la deuda potencialidad

⁵²⁰ La redacción del primer párrafo del art. 695.1.2ª LEC, al relacionar la causa de oposición fundada en el “*error en la determinación de la cantidad exigible*”, se refiere, impropiamente en mi opinión, únicamente al caso en que “*la deuda garantizada sea el saldo que el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado*”, en lugar de contemplarse de forma más amplia y genérica, como error en la determinación de la cantidad exigible. Más abajo en este mismo apartado se subsana en parte la impropiedad, al referirse al caso más general en el que el invocado error en la cuantía se predique del “*saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora*”. En general, abogando por una interpretación expansiva del art. 695 LEC (por razones de economía y eficiencia procesal y de justicia material), que permita la oposición no sólo cuando exista error en la liquidación (695.1.2.ª), sino también cuando la obligación no haya nacido (y ello aunque la literalidad del 695.1.1.ª se refiere apenas a la extinción de la obligación), *vid.* CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución...*, *op. cit.*, pp. 113.

⁵²¹ Mismo razonamiento en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Comentario a la RDGRN de 23 de diciembre de 1987...”, *op. cit.*, pp. 159-160, refiriéndose obviamente en ese tiempo a los últimos cinco párrafos del art. 132 LH entonces vigente.

⁵²² “*Algo que no siempre se ha entendido es que en el proceso de ejecución, todo lo que el ejecutante necesita para que el Juez despache ejecución es presentar un documento que sea título ejecutivo, y ese documento título no opera como elemento de prueba de la obligación, sino como presupuesto de la existencia del proceso mismo [...]. La prueba es un concepto ajeno al proceso de ejecución; en él no se prueba; en él se parte de la apariencia de la existencia de la obligación que establece el título*” (MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias...*, *op. cit.* p. 546).

suficiente para satisfacer el requisito de liquidez a efectos de la ejecución excepto cuando ese pacto respete los requisitos de los arts. 572-574 o cualquier otra norma positiva como el art. 153 bis LH⁵²³.

Por lo que se refiere a la acreditación del surgimiento de las obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca flotante (las obligaciones futuras concretas de las que responde una hipoteca flotante, o las obligaciones futuras inconcretas que satisfagan la cláusula de globalización en una hipoteca global), como he afirmado, podrán hacerse constar en póliza, escritura o cualquier otro título con fuerza ejecutiva, para así tener acceso a la ejecución (ordinaria o hipotecaria) posterior. Al objeto de atajar cualquier potencial objeción a la selección por parte del acreedor de la obligación u obligaciones que, vencidas e impagadas, desencadenan la acción hipotecaria, es conveniente que en cada una de las pólizas o escrituras de las que surjan, se pongan en relación dichas obligaciones con la cláusula de globalización de la hipoteca flotante, aceptando en consecuencia las partes que esa obligación es de las integradas en la hipoteca flotante, y reconociendo al acreedor la posibilidad de desencadenar la acción hipotecaria en caso de incumplimiento de esa obligación (en solitario, o en conjunto con otra u otras obligaciones también garantizadas). La ausencia de este reconocimiento, obviamente, no impide la posterior ejecución (siempre que la obligación satisfaga en efecto el juicio de integración en la cláusula de globalización). Pero la inclusión de tal manifestación cortocircuita la potencial alegación sobre el carácter “*no hipotecario*” de la obligación en un posterior debate judicial. La LEC, al regular las causas de oposición al ejecutivo hipotecario, amplió las relativas a la deuda y atenuó la severidad de la prueba exigida para la invocación de la causa de oposición referida a la cancelación de la hipoteca del judicial sumario de la LH. Así, mientras que el antiguo art. 132.3.º LH sólo permitía la oposición fundada en la cancelación de la hipoteca si se presentaba certificación del Registro, expresiva de la cancelación “*o copia auténtica de la escritura pública de cancelación de la misma*” y exigía además que se hubiera presentado en alguno de los Registros en donde se hubiera de tomarse razón de ella, y no abarcaba la oposición fundada en la extinción de la obligación garantizada, el art. 695.1.1.ª LEC (“*Extinción de la garantía o de la obligación garantizada...*”) autoriza la oposición fundada en la

523

Y, en ausencia de norma positiva de cobertura, el pacto entre las partes que no satisface los requisitos de los arts. 572-574 LEC no abre la ejecución (CARRASCO PERERA, Angel: “Posibilidades y estrategias de reclamación de las garantías autónomas por el juicio ejecutivo de la LEC (1)”, *Diario La Ley*, n.º 3115, de 26 de junio de 2013, p. 8).

extinción de la garantía, tanto mediante certificación registral como mediante la escritura pública de cancelación (aunque no se haya presentado aún a inscripción) y permite también la oposición fundada en la extinción de la deuda, aunque para ello exige la presentación de la escritura pública de carta de pago. No contiene pues el 695.1.1.^a LEC motivo de oposición basado en la inexistencia de la obligación garantizada (por no haber llegado a surgir) o en el carácter “no hipotecario” de la obligación por la que se procede (esto es, basado en la circunstancia de que la obligación por la que se ejecuta no queda integrada en la cobertura de la hipoteca)⁵²⁴ y de ahí que la eventual alegación en tal sentido debería ventilarse en el declarativo posterior conforme al art. 698 LEC, “*sin producir el efecto de suspender ni entorpecer*” (salvo que tuviera cabida en el nuevo art. 695.1.4.^a LEC –“[e]l carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”–). La Exposición de Motivos de la LEC justifica la limitación de la oposición en el criterio constitucional de que no provoca indefensión y en la necesidad de proteger el ágil desenvolvimiento del mercado hipotecario:

“En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable”.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la doctrina procesalista y la jurisprudencia es, en general, restrictiva en torno a la admisión como causa de oposición al amparo del art. 695.1.1.^a LEC cualquier circunstancia relativa a la extinción de la deuda que no sea el pago (como la prescripción, la confusión, la condonación, etc.)⁵²⁵, por lo que, en la práctica, el margen del deudor para suspender la ejecución sobre la alegación del carácter “no hipotecario” de la obligación por la que se procede sería escaso (salvo que se trate de un consumidor y pueda invocar el art. 695.1.4.^a LEC).

524

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Apuntes sobre la novación...”, *op. cit.*, p. 3.588.

525

MONTSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 154-155; DÍAZ FRAILE, Juan María: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 757 y ss.; MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias...*, *op. cit.* p. 1.150.

Respecto de la obligación futura, el art. 238 RH permite la extensión de la nota marginal del art. 143 LH mediante la presentación al registro del documento público que acredite el nacimiento de la obligación o de una solicitud firmada por las partes a este efecto, ratificada ante el registrador o con firmas legitimadas. Piénsese en la hipótesis, para el caso de que las partes no quieran documentar el nacimiento de una obligación garantizada por la flotante mediante título que lleve aparejada ejecución (o no se quiera, por ejemplo, soportar los gastos e impuestos que pudieran devengarse), de utilizar la vía que habilita el art. 238 RH para requerir al deudor que preste esta colaboración, como condición de la extensión de un crédito llamado a quedar cubierto por la flotante, por ejemplo. En este caso, la constatación registral del nacimiento de la obligación mediante nota al margen de la flotante evitaría de raíz cualquier debate o discusión sobre el carácter hipotecario de la obligación (esto es, sobre la satisfacción del juicio de integración en la cláusula de globalización de la hipoteca). No veo objeción alguna en utilizar la vía prevista en el art. 238 RH respecto de una hipoteca flotante⁵²⁶.

En relación a la atribución convencional al acreedor de facultad certificante que se desprende del penúltimo párrafo del art. 153 bis LH, téngase en cuenta que la remisión al 153 LH en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria habilitaría los mecanismos de oposición a la liquidación allí establecidos que, aunque no derogados por la LEC, deben entenderse modificados por ésta (en particular, por el art. 695 LEC que establece plazos diferentes)⁵²⁷. Existiendo esa remisión normativa a reglas procedimentales, no resultaría admisible su derogación convencional.

1.2.5 La hipoteca flotante y el artículo 130 LH

Por último, merece la pena analizar si la nueva redacción del art. 130 LH condiciona de alguna manera la ejecución directa de una hipoteca global o de una flotante en garantía de créditos futuros, habida cuenta que en estos casos el registro no dará cuenta de la existencia y/o cuantía de las obligaciones garantizadas⁵²⁸. El art. 130 LH, desde la redacción introducida por la Ley 41/2007, autoriza el procedimiento de

⁵²⁶ ROCA SASTRE, Ramón María Y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo IX, p. 380.

⁵²⁷ GARCÍA- GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación...*, op. cit., p. 266.

⁵²⁸ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca de seguridad”, en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios...*, op. cit., pp. 718-720 y 732: es lo habitual en las hipotecas de seguridad; los principios hipotecarios sostienen la hipoteca, pero el crédito se desenvuelve al margen de éste, en el campo del derecho de las obligaciones, si bien es exigible que el crédito tenga una cierta consistencia que justifique la protección registral: “*Que el aparato jurídico creado tenga consistencia suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias*”.

ejecución directa contra los bienes hipotecados “*sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”.

Interesa describir brevemente la génesis legislativa de la actual redacción del art. 130 LH. La redacción propuesta en el Proyecto para este artículo era la siguiente: “*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de los extremos contenidos en el asiento y en el título respectivo*”. Frente a esa redacción del Proyecto, se proponen varias enmiendas con sustancialmente la misma redacción finalmente aprobada (con una mínima variación) en el trámite en el Congreso para “*evitar que se planteen dudas acerca del procedimiento de ejecución de la hipoteca, ya que si no se utiliza un título inscrito ni se ejecuta en virtud de cláusulas también inscritas, es posible que el deudor pueda oponer excepciones que vayan más allá de las tasadas por la ley, con lo que la gran eficacia del sistema se podría venir abajo precisamente en fase de ejecución*”⁵²⁹.

Podrá considerarse el sistema de integración extrarregistral en la ejecución de la hipoteca en pugna con la seguridad jurídica, pero no es justo achacarle defecto de eficacia porque precisamente lo que se consigue es que el acreedor pueda ejecutar sobre la base de cualquiera de los extremos incluidos en el título, aunque no se hayan reflejado en el asiento. Se incurre así en ese error en la justificación de la modificación en el trámite legislativo. Podrían haberse invocado argumentos afianzados en los principios de especialidad y determinación (arts. 1.857 CC; 9.2 y 12 LH; 51.6ª RH); fe pública (arts. 32 a 34 LH); legitimación registral (art. 38 LH), publicidad formal (arts. 221, 222, 227 y 248 LH), legalidad (art. 18 LH), oponibilidad positiva y negativa del contenido del registro (arts. 13, 26, 32, 37 y 225 LH; 606, 1473, 1.526 ó 1.549 CC), etc. sobre los que se asienta nuestro sistema registral, por entender la integración extrarregistral en colisión, en más o en menos, con ellos. Podría igualmente haberse razonado que la hipoteca, como derogación singular de la regla de la *pars conditio creditorum*, se asienta constitucionalmente en el acceso al registro (y, en consecuencia, en la publicidad) de toda cláusula en la que se base la limitación de la responsabilidad universal del deudor (*ex* arts. 1.911 y 1.925 CC). Y podría, incluso, alegarse que es la

⁵²⁹

Enmiendas n.º 47 del Grupo Parlamentario Catalán y n.º 91 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 127-7, de 9 de mayo de 2007, pp. 52 y 75, respectivamente). En el mismo sentido abogó el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (enmienda n.º 121, BOCG de 9 de mayo de 2007 citado, pp. 91 y ss.): “*dada la posibilidad de que provoque la pérdida de eficacia de un procedimiento judicial, el de ejecución directa, en cuya rapidez tiene su apoyo el buen funcionamiento del mercado hipotecario*”.

coherencia de la hipoteca con todos esos principios (fe pública, seguridad, etc.) lo que permite mantener la constitucionalidad de un sistema de ejecución especial (ahora recogido en los arts. 571 y ss. LEC, con las particularidades de los arts. 681 y ss. LEC y antes, y desde nada menos que 1909, en el 131 LH) en el que se tasan muy limitativamente las excepciones o motivos de oposición del deudor o ejecutado, al límite casi de la indefensión⁵³⁰. Lejos de todo ello, se justifica la alteración en la necesidad de apuntalar la ejecución⁵³¹.

Adviértase que, pese a la modificación introducida, este artículo sigue diciendo básicamente lo mismo que decía antes de la Ley 41/2007 (*“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”*). Como hacía el Proyecto, se suprime la referencia al carácter constitutivo de la hipoteca, como quien quisiera pasar a anunciar a continuación que se despachará ejecución sobre los extremos del título, estén o no reflejados en el asiento. Pero no se acaba extrayendo esa consecuencia, sino que se

⁵³⁰ En este sentido, CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 9. Debe recordarse en este contexto que la sanción de constitucionalidad del procedimiento del antiguo art. 131 LH por parte del TC se basó, en gran parte, en la protección que para el deudor resulta del sistema registral: *“El deudor que consiente la constitución de la hipoteca goza del sistema de garantías del procedimiento registral que se proyecta desde su nacimiento por la inscripción hasta su cancelación”* (STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, RTC 1981/41).

⁵³¹ Entre la posición de partida del Proyecto y la posición final de la Ley, todavía cabía una tercera, que fue precisamente la propuesta por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en el Congreso, consistente en ordenar la inscripción, no sólo del principal de la deuda, y, en su caso, de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria sino también de *“[...] las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca, no siendo inscribibles únicamente aquellas que resulten contrarias a normas imperativas o prohibitivas”*, de forma que se *“impulsaría el mercado hipotecario, en cuanto daría seguridad a las entidades acerca del contenido de la operación que quedará inscrito y, además, cumple el mandato de facilitar el acceso al registro de los derechos reales constituidos sobre la propiedad inmueble, de modo que la completa relación jurídica garantizada con la hipoteca y delimitadora de su contenido quede sujeta al régimen de publicidad material propia del contenido de los asientos del registro”* (Enmienda n.º 115 en el trámite parlamentario en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, n.º 127-7, de 9 de mayo de 2007, pp. 88 y ss.). Se omite cualquier referencia a los inconvenientes, que también existen, de esta opción de política legislativa, fundamentalmente referidos a la mayor prolijidad y sobreabundancia de la información tabular, mayores costes de transacción al tener que asentar el contenido íntegro del derecho garantizado (salvo en contra de reglas imperativas o prohibitivas), problemas de confidencialidad de algún perfil del crédito garantizado, posibilidad de confusión en el mercado e incluso el hecho de que tal sistema podría acabar erosionando la confianza de los terceros en la legalidad del contenido de los asientos registrales (en la medida en que la calificación registral es el punto de apoyo de dicha presunción). Con una propuesta semejante, aunque sin proponer justificación alguna, se planteó también enmienda por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (Enmienda n.º 11 en el trámite parlamentario en el Congreso, BOCG de 9 de mayo de 2007, p. 33).

afirma que la ejecución deberá basarse en los extremos del título que hayan merecido inscripción. Vuelta al punto de partida⁵³².

Una de las mayores potencialidades de la hipoteca flotante es, precisamente, la de permitir una integración extrarregistral de las relaciones garantizadas, que pueden ser plurales y sólo determinables al tiempo de la constitución. Si la ejecución de una hipoteca flotante exigiese la previa inscripción anotación de las concretas obligaciones aseguradas, se perdería una de las grandes ventajas de la figura, en franca pugna (creo) con el espíritu que anima el art. 153 bis LH. Por otra parte, cuando el párrafo final del art. 153 bis LH habilita el ejercicio de la acción hipotecaria “*de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” no impone para ello la previa anotación o constancia registral de las obligaciones garantizadas. Tampoco se exige en ninguna de las normas a las que remite. Es más, la remisión al art. 153 LH apuntala, aún más, la idea de que la constancia registral de la obligación no es requisito de la ejecución de la flotante, pues el art. 153 LH lo que contiene es una regulación detallada de la forma de determinación de la deuda (de liquidación de la deuda), sea a través del sistema de doble libreta, sea a través del sistema de certificación unilateral del deudor. Y no impone naturalmente que cada una de las anotaciones en la cuenta tenga reflejo registral. Al contrario: a la ejecución de la hipoteca del art. 153 LH se va con la escritura de hipoteca y los demás documentos relacionados en los arts. 572.2, 573 y 685.2 LEC, para la acreditación de la deuda líquida⁵³³.

No podemos olvidar que la Ley incluso ha admitido (de forma más o menos expresa) una cierta integración extrarregistral en la ejecución de determinadas hipotecas ordinarias en garantía de obligaciones llamadas a circular, como los títulos cambiarios. Así, el art. 150 LH exime la inscripción registral de la transmisión de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, entendiendo transferido “*el derecho hipotecario*” (que, obviamente, debe incorporar el derecho de ejecución de la hipoteca por el nuevo acreedor) “*con la obligación o con el título*”.

⁵³² En este sentido, la “Circular 7/2007 relativa a la Ley 41/2007” del Decano del Colegio de Registradores, aprobada en la Junta de Gobierno del Colegio de 11 de diciembre de 2007; MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: “La hipoteca inversa...”, *op. cit.*, pp. 1.229-1.230. En contra, defendiendo que la reforma del art. 130 LH en la Ley 41/2007 ha delimitado, aún más que con anterioridad, el objeto de la ejecución sobre los bienes hipotecados en hipotecas ordinarias a lo que conste en el registro (integración registral plena), el AAP de las Islas Baleares n.º 122/2011 de 10 de noviembre de 2011 (Secc. 5.ª) (Sra. Ortiz González).

⁵³³ MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo...”, *op. cit.*, pp. 247 y ss.

La jurisprudencia también había venido aceptando otras integraciones extrarregistrales en la ejecución de hipotecas ordinarias, por ejemplo, cuando se omite la constancia registral de la cesión del crédito hipotecario. Ya he puesto de relieve, en el Capítulo VI, el debate entre el alcance declarativo o constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario. Tal y como allí expuse, me parecen más sólidas (y, desde luego, más numerosas) las voces a favor del alcance declarativo que las favorables al alcance constitutivo y la modificación introducida en la redacción del art. 149 LH por la Ley 41/2007, pese a permitir revivir dicho debate, creo que no debe hacer mudar el criterio anterior. También apunté allí que en la jurisprudencia mayor⁵³⁴ y menor⁵³⁵, es abrumadora la tesis del carácter declarativo de la inscripción de la cesión, con una única resolución judicial posterior a la Ley 41/2007 que confirma esa postura⁵³⁶. Aunque la consecuencia del carácter declarativo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario debería ser el pleno acceso por el cesionario al ejecutivo hipotecario no obstante la no inscripción de la cesión (y al contrario entre los que defienden el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión), existen algunas sorpresas entre los autores. Por ejemplo, entre la doctrina que defiende el alcance declarativo de la inscripción de la cesión, hay algunos autores que exigen inscripción para dar acceso al cesionario al ejecutivo hipotecario⁵³⁷. Y al contrario, entre los que defienden el alcance constitutivo, alguno hay que no niega al cesionario no inscrito la posibilidad de ejercicio de la acción de devastación o acceso al ejecutivo ordinario⁵³⁸. Se puede, no obstante, afirmar que los defensores del alcance constitutivo de la inscripción de la cesión se pronuncian en general en contra del acceso al ejecutivo hipotecario del cesionario no inscrito, y al contrario con los partidarios del alcance declarativo.

En todo caso, haciendo abstracción por un momento del debate sobre el alcance de la inscripción de la cesión del crédito, interesa ahora contemplar las diferentes

⁵³⁴ Vid. SSTs de 29 de junio de 1989, Sr. Fernández Rodríguez, RJ 1989/4797; n.º 1121/1993 de 23 de noviembre de 1993, Sr. Ortega Torres, RJ 1993/9209; n.º 10/2004 de 20 de enero de 2004 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 2004/204) y n.º 665/2007 de 4 de junio de 2007, Secc. 1.ª, Sr. Almagro Nosete, RJ 2007/3426.

⁵³⁵ SAP Madrid de 20 de abril de 1999, Secc. 21.ª, Sr. Belo González, AC 1999/8420; AAP Castellón n.º 516/2000 de 20 de septiembre de 2000, Secc. 3.ª, Sra. Boldó Roda, JUR 2001/163657; SAP Segovia n.º 151/2002 de 30 de abril de 2002, Sra. Villalain Ruiz, JUR 2002/185667 o la SAP Alicante n.º 260/2005 de 7 de junio de 2005, Secc. 7.ª, Sra. Navarro García, JUR 2008/141215).

⁵³⁶ SAP Barcelona n.º 428/2011 de 15 de septiembre de 2011, Secc. 11.ª, Sr. Bachs i Estany (AC 2011/2165).

⁵³⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales...*, op. cit., tomo II, p. 217 y nota al pie 15.

⁵³⁸ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, p. 98 y nota al pie 14.

posturas en torno al acceso al ejecutivo hipotecario por parte del acreedor que ha adquirido el crédito garantizado con una hipoteca inscrita pero que no ha reflejado aún su adquisición en el registro.

Para el rechazo, se apela a la base estrictamente registral del procedimiento judicial⁵³⁹, al rigor del principio de legitimación del [entonces] art. 131, 4ª.2 LH y, más genéricamente, del art. 38 LH⁵⁴⁰, a la potencial indefensión que puede ocasionar a terceros y al propio deudor, a que no corresponde al juez del procedimiento de ejecución calificar la legitimación derivada de aspectos extrarregistrales⁵⁴¹ y a que en el proceso judicial hipotecario, el título ejecutivo es precisamente la escritura de hipoteca inscrita⁵⁴². Ninguno de esos argumentos es enteramente convincente. Los procedimientos de ejecución, y también el de ejecución directa contra bienes hipotecados o pignorados, están sujetos a las reglas de competencia objetiva y territorial, de legitimación, de actuación a instancia de parte, etc. que impone la ley rituaría. Por supuesto que corresponde al juez de la ejecución enjuiciar la legitimación de las partes, conste o no en el registro.

Otro de los argumentos usados para rechazar el derecho del cesionario no inscrito al procedimiento de ejecución directa es la aplicación analógica del art. 6 de la Ley 2/1994 que exige al *solvens* presentar, para la ejecución, la primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación: *“La entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito, revestido de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar ejecución. Si no pudiese presentar el título inscrito, deberá acompañar, con la copia de la escritura de subrogación, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca”*. Si la Ley es así de exigente respecto de una subrogación ciertamente expeditiva como la de la Ley

⁵³⁹ DÍAZ FRAILE, Juan María: *Ejecución judicial...*, op. cit., p. 126; MARTÍN PASTOR, José: “Capítulo 33: Especialidades de la ejecución de bienes hipotecados o pignorado; introducción” en ORTELLS RAMOS, Manuel (dir. y coord.): *Derecho procesal civil*, Pamplona: Aranzadi, 2013 (12.ª ed.), pp. 731 y ss.; MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias...*, op. cit., pp. 419 y ss.; JORDANO FRAGA, Francisco: *La constitución...*, op. cit., p. 315; RAMÓN CHORMET, Juan Carlos: “La oposición a la ejecución hipotecaria...”, op. cit., pp. 451 y ss.

⁵⁴⁰ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Ejecución hipotecaria”, op. cit., pp. 145 y ss.

⁵⁴¹ Se ampara en que el procedimiento de ejecución *“no repercute sólo entre el cesionario ejecutante y el deudor, o por lo menos, no siempre será así, ni eso puede saberse antes de la expedición de la certificación registral de cargas”* (GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Comentario al artículo 1.878...”, op. cit., p. 1.914). En contra, MARTÍN DÍZ, Fernando: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada: Ed. Comares, pp. 148 y ss.

⁵⁴² MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias...*, op. cit., pp. 420-423.

2/1994, que opera sólo entre acreedores profesionales (entidades de crédito), no habría razón para rebajar esa exigencia al cesionario en una cesión de créditos ordinaria⁵⁴³. Es, sin embargo, una interpretación que puede desactivarse si se quiere ver en la expresión “*título inscrito*” de la última frase una referencia a la escritura de subrogación (no inscrita), en lugar de al “*título de crédito*”. Aunque la utilización del término “*título*” en la frase antecedente en relación al crédito (“*título de crédito*”) dificulta esta tesis, es verdad que la mención en la parte final a “*la copia de la escritura de subrogación*” sin añadir “*inscrita*” permite sostener que la frase final está encaminada a regular no tanto al caso en el que el *solvens* no pueda presentar el título de crédito (que será lo más normal, puesto que en el proceso de subrogación de la Ley 2/1994 no se exige al *accipiens* en ningún momento que entregue al *solvens* el título de crédito, ni lo devuelva al deudor para que este lo aporte al *solvens*), sino que no haya conseguido inscribir la escritura de subrogación.

Finalmente, tras la modificación de la redacción del art. 130 LH introducida por la Ley 41/2007, se añade como argumento la referencia a “*los extremos consignados en la inscripción*” como base de la ejecución, lo que se entiende referido, entre otros, a los elementos personales en el lado activo de la relación⁵⁴⁴.

Discrepo de tal parecer:

- (a) El argumento que se quiere apoyar en el principio de legitimación y en la incapacidad del juez del procedimiento de ejecución para calificar la legitimación derivada de aspectos extrarregistrales es, en mi opinión, débil: la competencia exclusiva del poder judicial sobre la potestad jurisdiccional “*en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*” (art. 117.3 CE; arts. 2 y 3 LOPJ) y de los juzgados y tribunales del orden civil en particular “*en materia de derechos reales [...] de inmuebles que se hallen en España*” y de “*validez y nulidad de las inscripciones realizadas en un Registro español*” (art. 22.1º LOPJ) hace inatendible la objeción. El juez del procedimiento tiene plena competencia para enjuiciar la legitimación activa y pasiva en el ejecutivo hipotecario, y lo hará en base a todas las normas de nuestro ordenamiento, sustantivas o adjetivas, sin limitarse tan sólo a las normas registrales.

⁵⁴³ ANDERSON, Miriam: “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: Una réplica”, *La Ley* n.º 5606, 6 de septiembre de 2002, pp. 3-7; GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *El procedimiento judicial sumario...*, op. cit., pp. 107-108.

⁵⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, op. cit., p. 292.

- (b) Tras la reforma de la LEC de 2000, el procedimiento judicial sumario anteriormente regulado en la LH ha pasado a ser una mera especialidad del procedimiento de ejecución ordinaria (art. 681 LEC) aplicable sólo cuando se exige el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca y se persiguen directamente los bienes hipotecados o pignorados. En ninguno de los arts. 681 y ss. LEC se exige la acreditación de la inscripción registral de la hipoteca “*a favor del actor*” (que sí requería la regla 4.ª del 131 LH antes de la LEC), si bien sí es *condición sine qua non* de procedibilidad la existencia de la hipoteca (que se acreditará en el momento procesal oportuno mediante la certificación de dominio y cargas). La fórmula del art. 688.1 LEC sobre la certificación registral expresiva de “*que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar*” se aleja de la mayor relación biunívoca actor-acreedor hipotecario que derivaba de la redacción del art. 131 LH anterior a la LEC (en la que se exigía la acreditación de la subsistencia de la hipoteca “*a favor del actor*” y en la que, a diferencia del art. 688 LEC, no se admitía la posibilidad de que en la certificación registral se acreditara “*en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el registro*”).

La referencia en el art. 688 LEC a la existencia de la hipoteca “*en favor del ejecutante*” es más laxa que la del antiguo art. 131.4ª LH de existencia de la hipoteca “*a favor del actor*”, en tanto que apunta, de forma más programática, más finalista, a la subsistencia de la hipoteca de la que se sirve el ejecutante, en la misma línea en la que se expresa por cierto, con mayor rigor, el art. 688.3 LEC: “*la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación*”. La falta de inscripción de la hipoteca a favor del actor no se contempla como causa de oposición a la ejecución porque es totalmente irrelevante⁵⁴⁵. Es más, en diversos preceptos de la LEC se advierte un relativo divorcio (o posible divorcio) entre la realidad registral y la extrarregistral, que no obstaculiza ni impide el proceso. Así, el art. 685.1 LEC sólo obliga al ejecutante a dirigir la demanda ejecutiva frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados “*siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes*”. Por tanto, no sólo no precisa recabar, antes de interponer la demanda, información registral sobre quién es el titular registral del

545

MONTSERRAT VALERO, Antonio: “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC”, *Diario La Ley* n.º 5522, 12 de abril de 2002, pp. 1-5; CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución...*, *op. cit.*, pp. 188-191 y 281-291.

bien hipotecado, sino que sólo está obligado a dirigir la demanda frente al tercer poseedor cuando se le hubiera notificado y acreditado la adquisición de los bienes. Y en ningún caso está obligado a demandar a otros titulares registrales, incluso aunque le hubieran acreditado la constitución de sus derechos. La realidad registral es intrascendente precisamente porque, en el seno del procedimiento, ya habrá tiempo de dar cuenta del mismo a dichos titulares, de forma que puedan ejercitar, si lo desean, los derechos que la Ley les otorga y que soporten (o se aprovechen) de las consecuencias de la ejecución sobre sus respectivos derechos. El art. 685.2 LEC le obliga a presentar el título o títulos de crédito (no la hipoteca), revestidos de los requisitos que se exigen genéricamente para despachar ejecución en los arts. 517 y ss. LEC, y los demás documentos que, también de forma general, deben acompañarse con la demanda en los arts. 550, 573 y 574 LEC. En el caso concreto de bienes hipotecados, prevé naturalmente la Ley que presente “*certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca*” si no pudiera presentar el título inscrito. E incluso esta leve exigencia se rebaja en el art. 685.4 LEC para las entidades que legalmente puedan emitir cédulas hipotecarias (que, recordemos, son las del art. 2 de la LRMH, esto es, las mismas que pueden ser acreedores hipotecarios flotantes) o cuando se procede frente a inmuebles que garanticen préstamos o créditos afectos a una emisión de bonos, pues en ese caso basta también la presentación de la certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. No repugna, en absoluto, que se dé acceso al ejecutivo hipotecario a un acreedor no inscrito, siempre que conste la inscripción y subsistencia de la hipoteca, y de que el ejecutante consiga acreditar fehacientemente su derecho ante el juez.

- (c) Asusta, desde luego, el argumento de la indefensión. Es cierto que los medios de oposición que se ponen a disposición del ejecutado en el procedimiento ejecutivo hipotecario son limitados. Pero no por ello se puede hablar de indefensión porque, como ha enfatizado el TC, en el procedimiento ejecutivo “*no se produce el efecto de cosa juzgada, y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo*”, añadiendo que “*la radical limitación de las excepciones [oponibles en el ejecutivo hipotecario] no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor*”⁵⁴⁶. El TC apela al carácter

546

En el mismo sentido, las SSTC de 30 de junio de 1993 (RJ 217/1993), 18 de octubre de 1993 (RJ

constitutivo de la hipoteca, y a las especiales garantías de su necesario otorgamiento en escritura pública y de su inscripción, así como a los derechos que, en el ámbito estrictamente registral, se otorgan al deudor o al propietario de la cosa gravada para oponerse a la inscripción o para interesar la cancelación de la hipoteca (por ejemplo, bajo las reglas 1.^a ó 3.^a a 6.^a del art. 175 o el 176 RH), compensándose así, en cierta medida, los privilegios del acreedor en la expeditiva vía del ejecutivo hipotecario con *“las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título”*.

- (d) Otro argumento que apoya que el acceso al ejecutivo hipotecario no se hace depender, en nuestro Derecho, de la previa inscripción registral del negocio derivativo que atribuye a un tercero, distinto del acreedor hipotecario al tiempo de la constitución de la hipoteca, el crédito (o participación en el crédito) viene dado por el régimen legal respecto de la emisión de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca. Las participaciones hipotecarias son títulos-valores que confieren a su titular el derecho a participar en la totalidad o parte de uno o varios créditos hipotecarios, conforme a lo establecido en el art. 15 LRMH. Sólo son susceptibles de movilización mediante participación hipotecaria los créditos y préstamos hipotecarios que reúnan las exigencias establecidas en la Sección Segunda de la LRMH. Los certificados de transmisión de hipoteca son participaciones hipotecarias que permiten la movilización de préstamos y créditos hipotecarios que no cumplen los requisitos exigidos para la emisión de participaciones hipotecarias. El régimen legal aplicable a los CTH es el mismo que el de las participaciones hipotecarias (sustancialmente recogido en la LRMH y en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla determinados aspectos de ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, en adelante, el “**RD 716/2009**”), salvo (i) porque los créditos movilizados mediante CTH no precisan cumplir los requisitos establecidos en la Sección Segunda de la LRMH o el Capítulo II del RD 716/2009; y (ii) por lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria 89/646/CEE y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero

269/1993) y 4 de diciembre de 1997 (RJ 223/1997), dictadas en sendos recursos de amparo acumulados avocados al Pleno).

y en la Disposición Adicional Primera del RD 716/2009. La emisión de participaciones hipotecarias o de CTH no tiene reflejo alguno en el registro de la propiedad, salvo cuando la suscripción y tenencia de las participaciones hipotecarias o de los CTH no esté limitada a “*inversores profesionales*”, tal y como se definen en el art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁵⁴⁷. Además, las participaciones hipotecarias y los CTH son libremente transmisibles por todos los medios admitidos en Derecho, mediante declaración inscrita en el mismo título, debiendo notificar tal transmisión al emisor, quien anotará tal transmisión en un libro especial que estará obligado a llevar, y sin que se exija, por tanto, inscripción del negocio traslativo en el registro de la propiedad (art. 32 RD 716/2009). Y, aunque ni la emisión de la participación hipotecaria o del CTH, ni los negocios traslativos sobre tales títulos-valores posteriores a la emisión tengan reflejo alguno en el registro de la propiedad, el art. 15 LRMH otorga a los titulares acción ejecutiva frente a la entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa y, en este último caso, atribuye al titular de la participación el derecho a concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el deudor e incluso a efectuarla directamente, si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello (art. 15 LRMH; arts. 30 y 31 RD 716/2009). Se me podría decir que no es lo mismo reconocer al titular de esos títulos hipotecarios acción ejecutiva contra el deudor que acceso al ejecutivo hipotecario y que, no obstante los preceptos citados, y el razonamiento seguido, la Ley sólo atribuye de forma expresa la acción ejecutiva frente al emisor y frente al deudor del préstamo o crédito movilizado a través de la emisión de participaciones hipotecarias o CTH. Los concluyentes términos legales del 15 LRMH (“*el titular [...] concurrirá [...] en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor*”) y el hecho de que el ejecutivo hipotecario no es, después de la reforma de la LEC de 2000, sino una especialidad dentro de un único procedimiento de ejecución me hacen afirmar que el titular de estos títulos hipotecarios tiene acceso al ejecutivo hipotecario pese a que su derecho sobre el

547

El art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores apoya dicha calificación en la presunción de “*la experiencia, los conocimientos y la calificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*”.

préstamo o crédito hipotecario movilizado no ha tenido trascendencia registral alguna. El mismo razonamiento puede hacerse en relación con los titulares de cédulas o bonos hipotecarios: los tenedores de dichos títulos hipotecarios no sólo disponen de acción ejecutiva frente al emisor, sino que se les reconoce “*carácter de acreedores con preferencia especial que señala el número 3º del artículo 1923 del Código Civil frente a cualesquiera otros acreedores, con relación a la totalidad de los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas, salvo los que sirvan de cobertura a los bonos, y con relación a los préstamos y créditos hipotecarios afectados cuando se trate de bonos y, en ambos casos, con relación a los activos de sustitución y a los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a las emisiones, si éstos existen*” y, en caso de concurso del emisor, condición de acreedores con privilegio especial a que se refiere el artículo 90, apartado 1, número 1º de la LC (art. 14 LRMH). Privilegio especial que, a pesar del silencio legal, sólo puede entenderse respecto de todos los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas, salvo los que sirvan de cobertura a los bonos, y con relación a los préstamos y créditos hipotecarios afectados cuando se trate de bonos y, en ambos casos, con relación a los activos de sustitución y a los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a las emisiones, si éstos existen. Tal privilegio atribuye a los tenedores, entre otros, el derecho de realización de los bienes o derechos afectos establecido en el art. 155 LC. Y ello incluso aunque ni el negocio de emisión de las cédulas hipotecarias, ni el de los bonos ha tenido reflejo alguno en el registro de la propiedad (arts. 13 y 14 LRMH).

- (e) El cimiento consistente en el carácter puramente tabular del ejecutivo hipotecario no se ha visto reforzado, sino más bien al contrario, con la modificación del art. 130 LH operada por la Ley 41/2007. De “[e]l procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo” de la redacción anterior se ha pasado a “[e]l procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”,

enfaticando la relevancia del título de crédito⁵⁴⁸.

- (f) El art. 175 RH permite al deudor cancelar la inscripción de la cesión del crédito hipotecario cuando no constare en el registro que se ha dado conocimiento al deudor de la cesión, tan sólo acreditando el pago hecho al cedente. Y sin embargo, el art. 179 RH no admite la cancelación de la hipoteca, aun cuando se haya extinguido el crédito hipotecario por pago, con la mera acreditación del pago, sino que exige escritura en la que conste el consentimiento de las personas a quien perjudique la cancelación o sentencia judicial. Es evidente que el Derecho no puede querer que se proceda frente a los bienes hipotecados si no existe el crédito y, ello no obstante, el art. 179 RH admite la existencia, transitoria, de una discordancia entre la realidad civil (el crédito se ha extinguido por el pago y, en consecuencia, también la hipoteca *ex art. 1.857.1º CC*) y la apariencia registral (la hipoteca se mantiene). El acreedor sin crédito tiene una posición claudicante; podrá ciertamente iniciar la ejecución, pero queda expuesto a la oposición del art. 557.1.1.ª LEC. Y si esto es así para el acreedor hipotecario inscrito, ¿por qué ha de ser diferente respecto del cesionario cuya inscripción se ha cancelado merced al art. 175 RH? Ambos son acreedores sin crédito y ambos deberían encontrarse en la misma posición de favor (o desfavor) respecto de la ejecución: ambos pueden iniciar la ejecución, pero están expuestos a la oposición *ex art. 557.1.1.ª LEC*.
- (g) El art. 540 LEC admite que la ejecución se despache a favor de quien acredite ser sucesor de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo, previendo que se presenten al efectos los documentos fehacientes en que conste la sucesión, estableciendo que el tribunal despachará la ejecución si “*los considera suficientes*”⁵⁴⁹.

Si, respecto de la cesión de un crédito hipotecario ordinario, derivado de una hipoteca de tráfico, se puede mantener, a la vista de todo lo anterior, que no queda

⁵⁴⁸ Si bien no de la forma absolutamente concluyente que habría deseado, como destaqué en AZOFRA VEGAS, Fernando: “La reforma de la Ley Hipotecaria ...”, *op. cit.*, pp. 1-5. En contra, defendiendo el carácter eminentemente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, entre otros, DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad hipotecaria...”, *op. cit.*, pp. 1.864, 1.865, 1.868-1.891.

⁵⁴⁹ Argumento utilizado en RIVAS TORRALBA, Rafael A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, *op. cit.*, pp. 492-493 y 544. También a favor de la posibilidad de ejecución por el cesionario no inscrito BARBANCHO TOVILLAS, José Francisco: *Comentarios a la nueva LEC*, Barcelona: Ed. Atelier, 2000, p. 3.111.

vedado al cesionario no inscrito el procedimiento de ejecución hipotecaria, si bien tendrá que realizar cierta actividad de integración extrarregistral de su derecho ante el juez, no parecería lógico exigir nada más estricto al acreedor hipotecario flotante, cuando en una hipoteca flotante (y sobre todo en una hipoteca global) está implícita, desde la propia inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca, que el registro puede no dar constancia alguna del nacimiento o cuantía de cualquiera de las obligaciones llamadas programáticamente a quedar cubiertas por la hipoteca⁵⁵⁰: exigir el reflejo registral de cada una de las obligaciones, como condición para el acceso al procedimiento de ejecución pugna abiertamente con la aspiración del legislador de la Ley 41/2007 de “*generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]*”, permitir “*nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados*”, teniendo en cuenta “[l]a sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas” y todo ello, en el marco de una cruzada por “*impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios (sic)*” para lo que la Ley precisa “*el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa*”, y ordena que “*en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración*” de forma que “[l]as demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización” (apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007). Nada de eso se cumpliría si se impide al acreedor flotante integrar extrarregistralmente el título, si se le impone la carga, para poder acudir a la ejecución hipotecaria, de procurar primero la constancia registral plena del nacimiento y cuantía de la obligación u obligaciones por las que ejecuta la hipoteca flotante.

La RDGRN de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/3254), en torno a una hipoteca de

550

DÍEZ GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias...*, op. cit., pp. 196-197, refiriéndose genéricamente a las hipotecas de seguridad: “Ahora bien, como también es conocido, los registradores han venido exacerbando la publicidad de los asientos quizá bajo el erróneo entendimiento que (sic) lo que no está inscrito no puede sustentar la realización del crédito hipotecario existan o no terceros; lo cual evidente y claramente no se cumple en las hipotecas de seguridad”.

máximo del art. 153 LH, confirma la posibilidad de integración extrarregistral de las hipotecas de máximo, sin necesidad de promover la previa constancia registral de las obligaciones garantizadas. Comienza explicando la Dirección General que la indeterminación de la obligación asegurada propia de las hipotecas de máximo provoca *“la necesidad de que se fije un máximo en su cuantía, que les da nombre, que marca el límite en que pueden perjudicar a terceros con derechos inscritos o anotados con posterioridad”*, así como *“que no coincida el título inscrito y el título ejecutivo al faltar el requisito de determinación de la obligación cuya ejecución se pretende”*. La falta de determinación de la obligación exigible requeriría así, para que pueda ser ejecutada y a falta de consentimiento del deudor, un procedimiento ordinario en el que el acreedor acreditara su pretensión de pago de una obligación determinada, vencida y exigible, en el que el deudor tuviera la posibilidad de oponerse y que, obtenido, en su caso, el título que determina la obligación exigible, la sentencia, procedería su ejecución por los trámites previstos para este tipo de procedimientos. Siendo consciente el legislador desde muy pronto de que obligar al acreedor de máximo a promover primero un procedimiento ordinario en que acreditar la obligación garantizada y su cuantía para posteriormente proceder a la ejecución frente a los bienes hipotecados *“hacía difícilmente alcanzable el objetivo expresado en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de contemplar el Registro de la Propiedad como una institución al servicio del fomento y expansión del crédito territorial”* se idearon *“recursos legales que obviarán la necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria a fin de proveer de un título ejecutivo al acreedor hipotecario de máximo sin merma de las garantías jurisdiccionales del deudor”* (citando la Dirección como ejemplos, la regulación sobre hipotecas en garantía de créditos en cuenta corriente, en garantía de operaciones cambiarias o crediticias a favor de entidades reconocidas o, en general, de operaciones que consten en escritura o póliza intervenida con pacto de liquidación por el acreedor, o por deudas en las que existen intereses ordinarios variables o de demora). *“Todas estas previsiones legales parten de una premisa: que el acreedor no cuenta con el consentimiento del deudor a la cantidad exigible y que por ello debe proveérsele, en los casos y supuestos legales, de la posibilidad de integrar su título sin necesidad de acudir al procedimiento ordinario”*. Bien pues todo este razonamiento es perfectamente predicable de la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que incluso en el caso de que la reforma del

art. 130 LH hubiera efectivamente supuesto un mayor sometimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria al contenido íntegro del registro, ello sería predicable, a lo sumo, de las hipotecas ordinarias, pero en ningún caso respecto a las hipotecas de seguridad (ni, singularmente, la hipoteca flotante o la hipoteca global) pues en esta siempre existe una integración extrarregistral del título⁵⁵¹.

1.2.6 En todo caso, potenciación de la constancia registral de las causas de vencimiento anticipado en las hipotecas flotantes

Sin perjuicio de que, como llevo defendido, debe admitirse la integración extrarregistral en la ejecución de la hipoteca flotante, la Ley 41/2007 también privilegió la constancia registral de las causas de vencimiento anticipado y demás financieras, entre otras, en las hipotecas flotantes bancarias (no así las establecidas a favor de las administraciones públicas o la SAREB). En efecto, a las flotantes bancarias se aplica el segundo párrafo del art. 12 de la LH, que respecto de “*las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades de crédito*” impone que hagan “*constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*”.

La promulgación de la Ley 41/2007 ha supuesto un innegable cambio del paradigma en relación, entre otros, con la actuación calificadora de los registradores. Si con anterioridad a dicha promulgación, era incontestable que los registradores podían y debían vedar el acceso al registro de la propiedad de aquellas cláusulas que carecieran de trascendencia real (arts. 18 LH y 56 RH), incluso las de vencimiento anticipado⁵⁵², tras la aprobación de la Ley 41/2007 se ha constreñido enormemente el poder (y el deber) del registrador para negar el acceso a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras en los contratos en masa. La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 declara, como motivo inspirador de la reforma, obligar “*a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera*

⁵⁵¹ Como bien se encarga de enfatizar, entre otras, la STS n.º 492/2002, de 27 de mayo de 2002 (Sr. García Varela) (RJ 2002/4484).

⁵⁵² Ya con anterioridad a la Ley 41/2007, la DGRN había declarado que “*cabe inscribir como causas de vencimiento anticipado no sólo el impago de aquellas obligaciones que, sin ser las garantizadas con la hipoteca, suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado, sino también, en general, otros supuestos que impliquen la disminución del valor de las garantías por causas objetivas*” (RDGRN 3 de septiembre de 2005, RJ 2005/6928, que cita las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, 28, 29, 30 de enero y 2 de febrero de 1998, 20 de mayo, 17 de junio y 11 de julio de 2000 y 22 de marzo de 2001).

que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva”.

Es por eso que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 justifica la modificación del art. 12 LH en el objetivo de *“impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”.*

Desde la aprobación de la Ley 41/2007 hasta septiembre de 2010, con base en la reforma del párrafo segundo del art. 12 LH y en estas declaraciones de la Exposición de Motivos, la DGRN mantuvo que la función calificadora del art. 18 LH se proyectaba únicamente respecto de las cláusulas de trascendencia real de la hipoteca del párrafo primero del art. 12 LH. Superada esa calificación, debía el registrador sin más *“transcribir”* las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de los contratos con entidades de crédito en los términos en que constasen en el título, con efecto de publicidad noticia, pero suficiente para disparar la ejecución hipotecaria conforme al art. 130 LH⁵⁵³. Esta distinción entre la calificación de las cláusulas de trascendencia real del primer párrafo y la transcripción de las de vencimiento anticipado del segundo párrafo (que se consideran, así, puramente obligacionales) que la DGRN impulsó en la llamada *“doctrina del trienio”*⁵⁵⁴ no resultaba, sin embargo, demasiado consistente con la norma⁵⁵⁵.

En el ámbito concreto de los contratos con consumidores, durante los primeros

⁵⁵³ Entre otras, las RRDGRN de 21 de diciembre de 2007 (La Ley 274391/2007), 14 de enero de 2008 (RJ 2008/2091), 1 (RJ 2008/633), 8 (RJ 2008/639), 22 (RJ 2008/2790), 28 (RJ 2008/2792) y 29 (RJ 2008/8269) de febrero de 2008, 1 (RJ 2008/1482), 10 (RJ 2008/806), 14, 15 (RJ 2008/807), 19 (RJ 2008/1483), 22 (RJ 2008/8273), 24 (RJ 2008/8275) y 27 (RJ 2008/8278) de marzo de 2008, 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/27959) y 24 de julio de 2008.

⁵⁵⁴ CARRASCO PERERA, Angel: “Comentario de la RDGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)”, CCJC n.º 86, mayo-agosto 2011, pp. 1.159-1.205.

⁵⁵⁵ Puse de relieve la pusilanimidad del legislador de la Ley 41/2007 en el punto de la constancia registral de las hipotecas surgidas en la contratación en masa en AZOFRA VEGAS, Fernando: “La reforma de la Ley Hipotecaria...”, *op. cit.*, pp. 1-5. Un análisis de las carencias y los méritos de la doctrina de la DGRN hasta septiembre de 2010 puede verse en CARRASCO PERERA, Angel: “Comentario de la RDGRN de 1 de octubre de 2010...”, *op. cit.*, pp. 1.159-1.205.

años de vigencia de la LGDCU, la doctrina de la DGRN fue, en general, propicia a admitir la competencia del registrador para denegar la inscripción de las cláusulas que considerara nulas por infracción de la normativa de consumidores incluso en ausencia de una sentencia que declarara la nulidad, sobre la base concreta de lo previsto en el art. 258 LH, y del principio de calificación del art. 18 LH, y ello a pesar de que el art. 258 LH autoriza únicamente la denegación de las cláusulas “*declaradas nulas*” en conformidad con lo dispuesto en la LGDCU y el art. 84 LGDCU (el 10 bis en el texto inicial) ya pecando de redundancia, apuntilla “*declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*”⁵⁵⁶. La DGRN adoptó, con posterioridad, un criterio algo más cercano a la literalidad de la norma, para permitir únicamente el rechazo de la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, rechazando la competencia del registrador para hacer juicios que corresponden exclusivamente a los jueces y tribunales⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ RRDGRN de 7 de septiembre de 1988 (La Ley 1613/1988); 16 de febrero de 1990 (La Ley 625/1990), 16 de marzo de 1990 (La Ley 1032/1990), 26 de diciembre de 1990 (La Ley 56864-JF/0000) y 17 de marzo de 1994 (BOE n.º 83 de 7 de abril de 1994, pp. 10.745 y ss.). En este mismo sentido, BUSTO LAGO, José Manuel: “El control registral de las condiciones generales de los contratos”, *RCDI* n.º 667, octubre 2001, pp. 1.968-1.992 (con profusa cita de la doctrina a favor y en contra); SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 95-134; GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, *op. cit.*, p. 432; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas”, *BCRE* n.º 170, 2010, pp. 1.699 y ss.; DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1.871-1.872 y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “El registro, la hipoteca...”, *op. cit.*, pp. 51-54. En las dos últimas obras se apela (indebidamente a mi juicio) al art. 18.1 de la Ley 2/2009 (que obliga a los registradores a denegar “*la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley*”) como nuevo argumento en refuerzo de la plena sujeción al juicio omnímodo del registrador de las cláusulas de los contratos de crédito hipotecario con consumidores, incluso aunque sean las de vencimiento anticipado y demás financieras de créditos concedidos por las entidades financieras del art. 2 LRMH. Pero se trata de un argumento falaz, porque la Ley 2/2009 impone determinados requisitos formales y de información previa al consumidor, sin modificar un ápice la protección dispensada al consumidor en materia de cláusulas abusivas, en lo que se remite en bloque a la LGDCU (Exposición de Motivos).

⁵⁵⁷ RRDGRN de 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1991 (DGRN de 8 de octubre de 1991 (La Ley 559-RN/1991, La Ley 9241/1991, La Ley 494-RN/1992 y La Ley 9277/1991, respectivamente), 9, 11 y 13 de julio de 1992 (La Ley 9945/1992, La Ley 9972/1992 y La Ley 9982/1992, respectivamente). La RDGRN de 19 de abril de 2006 (La Ley 48266/2006) señala “*la necesidad de que un juez declare la nulidad de una cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria*”. En este mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *RDBB* n.º 67, julio-septiembre 1997, pp. 889 y ss.; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel:

Tras la modificación del párrafo segundo del art. 12 LH por la Ley 41/2007, la tesis inicial de la DGRN (juicio registral no limitado a las cláusulas declaradas nulas) se hace aún más insostenible, al menos en lo que se refiere a las hipotecas a favor de las entidades a que se refiere el art. 2 de la LRMH. No obstante, las deficiencias en la redacción de la norma y una doctrina de la DGRN quizá algo abrupta que propugnó una mera actividad de “*transcripción*” por parte del registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras en los negocios hipotecarios bancarios (como actividad diferenciada de la “*calificación*” en sentido estricto, en abierta contradicción con la generalidad del art. 18 LH)⁵⁵⁸ acabaron en algunas resoluciones judiciales⁵⁵⁹ que volvieron a poner el asunto en debate.

La doctrina de la DGRN en este punto en la actualidad es la que se recoge en las resoluciones de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/5273), 4 de noviembre de 2010 (RJ 2011/2461), 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011/263), 11 de enero de 2011 (RJ 2011/269) y 16 de agosto de 2011 (BOE n.º 248 de 14 de octubre, pp. 107772-107778). La DGRN se coloca ahora en una posición intermedia entre sus tesis anteriores: admite que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras en los contratos bancarios están sujetas al principio de calificación registral (art. 18 LH) pero, al mismo tiempo, sólo permite al registrador denegar la inscripción de estas cláusulas cuando contravengan de forma terminante un precepto legal (siempre que se trate de una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos) o se encuentren declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁵⁶⁰. Se impone, así, una modelización en cuanto a la

“Comentario a los artículos 11 y 13 de la LCGC” en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Ed. Tecnos, 1999, p. 115; MONTSERRAT VALERO, Antonio: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid: Civitas, 2000, p. 100.

⁵⁵⁸ RRDGRN de 21 de diciembre de 2007 (La Ley 274391/2007), 14 de enero de 2008 (RJ 2008/2091), 1 (RJ 2008/633), 8 (RJ 2008/639), 22 (RJ 2008/2790), 28 de febrero de 2008 (RJ 2008/2792), 1 (RJ 2008/1482), 10 (RJ 2008/806), 15 (RJ 2008/807), 19 (RJ 2008/1483), 22 (RJ 2008/8273), 24 (RJ 2008/8275) y 27 de marzo de 2008 (RJ 2008/8278), 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/2795) y 14, 16, 19 y 20 de junio de 2008.

⁵⁵⁹ Por ejemplo, la SAP Tarragona de 1 de abril de 2011, Secc. 3.ª (Sra. Barcenilla Visus) (AC 2011/1178), que anuló la RDGRN de 24 de julio de 2008, si bien ha resultado finalmente casada por la STS n.º 538/2013 de 13 de septiembre de 2013 (Pleno) (Sr. Ferrándiz Ramón) (JUR 2013/368833).

⁵⁶⁰ Subsiste, no obstante, una postura ciertamente renuente a la aceptación de cualquier limitación en el alcance de la calificación registral (ni siquiera en el caso de las hipotecas bancarias y pese a la evidente orientación legislativa en la introducción del párrafo segundo del artículo 12 LH): VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “La protección extrajudicial...”, *op. cit.*, p. 1.701 y ss.; GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria...*, *op. cit.*, pp. 86-93; DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1.871-1.873; VIGIL DE QUIÑONES

extensión de la función calificadora del art. 18 LH con el objetivo de impedir la diversidad de calificaciones sobre instrumentos destinados a la contratación en masa, permitir la uniformidad y fomentar así la seguridad y profundidad del mercado hipotecario, en congruencia con la finalidad programática declarada en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 al respecto.

La RDGRN de 11 de enero de 2011 (RJ 2011/269) es buena muestra de ello:

“En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras

que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial”.

La STS n.º 792/2009 de 16 de diciembre de 2009 (Secc. 1.ª) (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2010/702) (dictada en interés casacional) había venido a confirmar este entendimiento, si bien en el marco de los contratos con consumidores. Las declaraciones de esta sentencia, tal y como establece su F.D. 1.º y de conformidad con lo previsto en el art. 221.1.2 LEC, “surtirán efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas”,⁵⁶¹.

Recientemente, el Supremo ha endosado nuevamente la interpretación. En efecto, la STS n.º 538/2013 de 13 de septiembre de 2013 (Pleno) (Sr. Ferrándiz Gabriel) (JUR 2013/368833) casa la SAP Tarragona de 1 de abril de 2011, Secc. 3.ª (Sra. Barcenilla Visus) (AC 2011/1178), y desestima el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona de 13 de noviembre de 2009, que, a su vez, había desestimado el juicio verbal interpuesto por la registradora frente a la RDGRN de 24 de julio de 2008. El Tribunal Supremo empieza endosando en esta sentencia la “doctrina del trienio”:

“Éste [el tenor literal del art. 12 LH tras la modificación por la Ley 41/2007], como se expuso, dispone que las cláusulas de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con hipoteca se harán constar en el asiento, pero sólo en los términos que resulten de la escritura de formalización –siempre que el derecho real de garantía se hubiera constituido a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, y, claro está, hubieran merecido una calificación favorable las propias cláusulas con trascendencia real– o, lo

561

Téngase en cuenta, en todo caso, que esta sentencia se refiere a contratos con consumidores, por lo que no será correcto extender sus enseñanzas (en particular, al tiempo de la inscripción y al socaire del art. 258.2 LH, 83 y 84 LGDCU y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación) respecto de créditos en los que no exista un consumidor. Esta es una crítica que también puede hacerse respecto de la RDGRN de 8 de junio de 2011 –RJ 2012/3168– que invoca en su motivación esta sentencia del Supremo, a pesar de que las partes de la hipoteca controvertida en ese caso eran una sociedad cotizada y su *pool* de 53 bancos.

que es lo mismo, que, por tener aquellas una naturaleza básicamente obligacional, no se califican por el Registrador, pues no se inscriben, sino que, simplemente, se transcriben para dotarles de publicidad a los solos efectos de dar noticia a los terceros interesados [...] por lo hay que entender que la interpretación que del repetido artículo hizo la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución a que se refiere la demanda, fue, desde ese punto de vista, la correcta” (F.D. 3.º, I).

Pero dicho eso, el Supremo aboga por una interpretación del art. 12 LH en coordinación con el resto del ordenamiento (conforme al art. 3.1 CC) y, en particular, con el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores), el art. 18 de esa misma ley (deberes de notarios y registradores respecto de cláusulas abusivas en contratos con consumidores) y los arts. 552 y 695 LEC (en torno nuevamente a cláusulas abusivas en contratos con consumidores), así como con las normas de protección de los consumidores “y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea”. Y también lo pone en coordinación “con lo que la doctrina ha venido denominando actos nulos “*apud acta*” y las consecuencias inmediatas que de ellos resulta, entre ellas, “la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos”. Para acabar endosando la posición de la DGRN tras la “doctrina del trienio”:

“Sucedee que ésta es la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos” (F.D. 3.º, II)⁵⁶².

Adviértase que deberían hacerse constar en el registro tanto las cláusulas de vencimiento anticipado genéricas que pudieran haberse establecido en la escritura de hipoteca, como las específicas que se incorporaran a los negocios jurídicos concretos llamados a quedar amparados por la garantía que se fueran formalizando.

⁵⁶²

Pese a que en el caso resuelto sólo había partes profesionales (una caja de ahorros y una sociedad de responsabilidad limitada), el Supremo tiene que recurrir a la normativa de consumidores y a una difusa doctrina sobre actos nulos “*apud acta*” para endosar la nueva interpretación de la DGRN.

1.3 Ejecución parcial

1.3.1 Consideraciones generales

Queda una duda respecto de los efectos de la ejecución sobre la hipoteca misma en caso de que se mantengan obligaciones pendientes (no vencidas) garantizadas por la flotante al tiempo de la ejecución.

Con carácter general, la ejecución de una hipoteca, aunque sólo sea por una parte del crédito garantizado vencido, determina su cancelación a la conclusión del procedimiento de realización del bien (arts. 642 y 674 LEC, 133 y 134 LH). El acreedor es libre de ejercitar la acción hipotecaria para el cobro de la totalidad o sólo una parte de los conceptos adeudados (sin que obviamente se entiendan condonados los no reclamados), pero admitiendo la cancelación de la carga. Igualmente, con carácter general, el acreedor que, ante el vencimiento de alguno o algunos de los créditos garantizados, ejecuta el bien, debe pasar por la extinción de la hipoteca incluso aunque haya otros créditos garantizados aún no vencidos. Y ello sin perjuicio del derecho que se reconoce al ejecutante de solicitar la ampliación de la ejecución a los plazos de la misma obligación por la que se procede que vayan venciendo o a la obligación en su totalidad (art. 578 LEC).

Con carácter de excepción a este régimen general, el art. 693 LEC prevé que, para el caso de que el deudor deje de pagar una parte del principal del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en fechas diferentes (con tal de que se hayan impagado al menos tres plazos mensuales o un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido sus obligaciones por un plazo de al menos tres meses, según la reciente modificación de este artículo mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), se siga la ejecución sólo por el plazo o plazos vencidos, siempre que dicha estipulación conste inscrita, manteniéndose la hipoteca respecto de la parte del crédito no satisfecha. Este mismo derecho se recoge en el art. 127 LH (*“deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes”*). La misma consecuencia jurídica impone el art. 155 LH⁵⁶³ respecto del ejercicio de la acción hipotecaria por impago de títulos nominativos o al

⁵⁶³

El mismo efecto se recoge en el art. 157 LH sobre la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, aunque esta es una hipoteca singular por no disponer de responsabilidad máxima hipotecaria.

portador garantizados por una hipoteca (*ex art. 154 LH*) cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión, si bien en este caso sin exigirse pacto expreso (es la Ley la que de forma directa ampara el efecto). Es esta también la conclusión de la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria (en garantía de títulos cambiarios, aunque no formen parte de una emisión). No se trata de subsistencia de hipotecas de rango anterior o preferente, sino de hipotecas simultáneas, conexas o del mismo rango a que se refiere el art. 227 RH. Es obvio que en estos casos, la hipoteca sobrevive en la parte proporcional que corresponda a los importes pendientes respecto de la responsabilidad inicial. O sea, si la parte pendiente fuera la mitad de la deuda posible total, se mantiene la hipoteca por la mitad de la responsabilidad hipotecaria. También se contempla en el art 127 LH en el caso de que deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, contemplando el segundo párrafo la posibilidad de que el comprador (léase, rematante) deposite el importe “*de la carga de la hipoteca que queda por satisfacer*” con los intereses que le correspondan para que sea pagado al vencimiento de los plazos pendientes al acreedor (ejecutante), adquiriendo entonces el bien sin la hipoteca. E incluso se presupone la ejecución parcial en el art. 146 LH, cuando se permite al acreedor hipotecario “*repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital*”⁵⁶⁴. En todos estos supuestos, se parte de la premisa de la perfecta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria.

En las situaciones de pluralidad de acreedores, en general, se ha rechazado por algunos autores la posibilidad de ejecución parcial alegando (a) que la pluralidad activa ha de regirse por las reglas de la comunidad ordinaria, que impondría la necesidad de ejercicio conjunto o bien por cualquier acreedor pero a beneficio de la comunidad, con consignación del saldo de la realización a beneficio de los demás⁵⁶⁵; (b) que lo contrario es insatisfactorio para el primer acreedor que ejecuta, si el valor es insuficiente, y (c) que no se puede imponer al dueño de la finca hipotecada la carga de pasar por varias ejecuciones (una por cada acreedor), especialmente en el caso de que se haya llegado a la situación de pluralidad de acreedores de forma sobrevenida.

564

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales...*, op. cit., p. 578 (“Si el acreedor opta por el cobro del plazo de intereses vencidos y no pagados, *Le Ley Hipotecaria* prevé una ejecución parcial de la hipoteca en cuanto ellos [...] en el art. 146 [...]”).

565

RDGRN de 26 de noviembre de 1917 (CL 174).

Ninguna de estas objeciones es incuestionable: por una parte, porque la división del crédito determinará, como se expuso antes, la concurrencia de acreedores parciarios en el crédito (arts. 1.138 y 1.139 CC), con legitimación de ejecución separada conforme a la regla del 227 RH⁵⁶⁶, aunque ninguno de los acreedores pueda proceder la cancelación superficial de la hipoteca –dada su indivisibilidad *ex* arts. 122 LH o 179 RH– en perjuicio de los demás (1.860 CC; 122 y 125 LH) (lo que no implica, sin embargo, que no pueda hacerse constar el pago parcial mediante nota marginal conforme al art. 240 RH). Por otra, porque la eventualidad del remate insuficiente también lo soportan los ejecutantes posteriores, ya que depende de la mayor o menor apreciación del bien al tiempo de cada una de las ejecuciones.

El argumento del perjuicio para el propietario de la multiplicidad de ejecuciones tampoco se ve, porque en ningún caso se accionará por más que la responsabilidad hipotecaria y es indiferente que sea en una o en varias veces (además de que el propietario en cada una de ellas será, en principio, el rematante de la anterior y, en consecuencia, diferente). Por otra parte, la división del crédito entre varios acreedores aumenta las posibilidades de oponer la compensación del deudor (art. 1.195 y 1.198 CC) y, por tanto, le beneficia. Por eso, algunos autores⁵⁶⁷ incluso entienden que la ejecución parcial con subsistencia de la carga debería ser la regla general, más que la excepción en las situaciones de pluralidad de acreedores.

1.3.2 La indiferenciabilidad de la flotante como objeción a la ejecución parcial

El problema de aplicar analógicamente estos preceptos a la hipoteca flotante, incluso en el caso de que se pacte expresamente y de que las obligaciones garantizadas sean todas de la naturaleza prevista en el art. 693 LEC o 127 LH (o sea, obligaciones con vencimientos de principal o intereses en fechas distintas) o en el art. 154 LH (títulos transmisibles por endoso o al portador) viene dado por la indeterminabilidad de la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria “atribuida” a cada obligación garantizada en

⁵⁶⁶ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, tomo IX, p. 301 y ss. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 532.

⁵⁶⁷ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 1.145-1.146. En el ámbito concreto de la hipoteca flotante del art. 153 bis LH, BERMEJO PUMAR ha afirmado que aunque la ejecución por cualquiera de los acreedores hipotecarios flotantes debe seguir el expediente de la igualdad de rango hipotecario entre acreedores con crédito distinto, es válido el pacto de ejecución con purga (para maximizar así el precio de remate) (BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 75).

la hipoteca flotante⁵⁶⁸. En esta modalidad de garantía no se impone asignar a cada obligación garantizada una porción de la responsabilidad hipotecaria total, sino que puede el acreedor ejecutar el bien hasta la responsabilidad hipotecaria por cualquiera de las obligaciones garantizadas. Para la recta aplicación analógica de estos preceptos sería necesario, además de constar el pacto en la escritura y en el registro, y tener cada una de las obligaciones garantizadas la naturaleza de las previstas en el art. 693 LEC o 154 LH (que son, con el 157 LH, los únicos casos admitidos por la Ley en los que la ejecución parcial no determina la extinción de la hipoteca), que a cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante se reservara, a los efectos de la ejecución, una porción de la responsabilidad hipotecaria o que se incluyera una regla de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes.

A falta de previsión al respecto, el registrador no podría atribuir el 100% de la responsabilidad hipotecaria global a las obligaciones pendientes (porque eso sería como el milagro de los panes y los peces), ni tampoco hacer su propia estimación de la responsabilidad consumida (aplicable a las deudas por las que se despacha ejecución) y la pendiente (aplicable a las restantes), salvo que se entienda que puede simplemente detraer de la responsabilidad hipotecaria total inicial la cantidad efectivamente recibida en la primera ejecución (o sea, que se entienda que la hipoteca flotante puede sobrevivir a la ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, para continuar gravando el bien respecto de las pendientes por el importe de responsabilidad hipotecaria remanente tras la ejecución bajo la fórmula “responsabilidad remanente = responsabilidad inicial - importe de la ejecución”).

Esta última parece ser la postura defendida en la RDGRN de 20 de julio de 1999 (RJ 1999/4762), en relación a la ejecución de una hipoteca en garantía de cuatro obligaciones al portador por incumplimiento de una de ellas. En mi opinión, esta

⁵⁶⁸

No ayuda en este intento de aplicación analógica la posición mantenida por la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria: la RDGRN de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9384) considera la hipoteca cambiaria distinta de la hipoteca en garantía de obligaciones del arts. 154 y 155 LH y ello porque “*cuando los diversos títulos cambiarios están llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia, cuando cada una de las obligaciones cartulares puede ser exigida aisladamente y promover la ejecución hipotecaria separadamente, el supuesto contemplado no es ya el de constitución de una hipoteca única sobre las varias fincas en garantía de un crédito único, sino el de constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados*”. Corrige así su posición anterior en la RDGRN de 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285), que rechazaba sobre la base del art. 1.861 CC y “*de una interpretación lógica en la materia*” la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos transmisibles por endoso “*sin ser preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria*”.

solución es incorrecta por el diferente significado que tienen responsabilidad hipotecaria e importe resultante de la ejecución (o importe de la adjudicación por el acreedor). La responsabilidad hipotecaria es un concepto jurídico que define el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y los titulares de derechos posteriores. Por el contrario, el importe resultante de la realización es un dato de hecho, que depende de la apreciación del valor del bien al tiempo de la realización. La responsabilidad hipotecaria de las hipotecas subsistentes no puede anudarse al saldo de ejecución, porque eso supondría trasladar a los acreedores de esas obligaciones subsistentes (que podrían ser distintos del acreedor ejecutante) el riesgo fáctico de la primera ejecución (falta de licitación suficiente, deterioro del mercado, etc.). Además, la responsabilidad atribuida a las hipotecas subsistentes es un dato que interesa a cualquier licitador que concurre a la subasta, pues tiene derecho a hacer su propia estimación del riesgo de incumplimiento de las obligaciones pendientes en relación con el montante asegurado por las hipotecas subsistentes. De ahí que deba conocer esa magnitud antes de licitar, sin que pueda admitirse que deba de esperar a las resultas de la subasta para conocerla⁵⁶⁹.

En sede específica de la hipoteca flotante, resulta difícil aplicar analógicamente las reglas previstas en los arts. 693 LEC o 155 LH (que parten de la absoluta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria) para un supuesto de hecho distinto (indiferenciabilidad entre las obligaciones garantizadas por la flotante, tanto entre las distintas obligaciones como entre los distintos conceptos –principal, intereses, etc.– de cada obligación), en ausencia de previsión contractual al efecto.

CORDERO LOBATO había afirmado que la hipoteca de máximo es incompatible con la ejecución parcial con subsistencia del gravamen, cuando no existe una previa determinación de la responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito. En estos casos, entiende que *“no es admisible la ejecución parcial, pues ello consumiría el máximo de responsabilidad que serviría de garantía a todos [los acreedores], sin que la subsistencia del gravamen que ordena el art. 227 RH bastase para salvaguardar el derecho de los no ejecutantes, pues la extensión cuantitativa de su derecho quedaría limitada a lo que el ejecutante no hubiera agotado”*⁵⁷⁰. Comparto en líneas generales este juicio para el caso de que efectivamente la pluralidad de titulares de crédito no se haya trasladado a una pluralidad de cuotas hipotecarias (que se ha analizado en el

⁵⁶⁹ En el mismo sentido, RENTERÍA AROCENA, Alfonso (*op. cit.*).

⁵⁷⁰ CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 1.146-1.147.

Capítulo VIII anterior). La referencia a las resultas de la primera ejecución, sin embargo, me parece incorrecta por lo expuesto anteriormente. Ocurre, es verdad, que sin distribución de responsabilidad hipotecaria mediante pacto entre los titulares de la hipoteca, no es posible asignar cuotas hipotecarias a cada crédito (pues no hay una correlación cierta y conocida registralmente entre deuda y responsabilidad), ni puede imponerse a los acreedores no ejecutantes que soporten las resultas de una mejor o peor realización del primer acreedor ejecutante.

1.3.3 Los reparos para la ejecución parcial de la hipoteca global

En relación específicamente a la hipoteca flotante pura o global se invoca, como argumento adicional para el rechazo de la ejecución parcial⁵⁷¹, que el rematante quedaría sujeto, como propietario ahora de la cosa hipotecada, a que el hipotecante y deudor originario y el acreedor siguieran concertado operaciones llamadas a quedar cubiertas. No se me antoja un argumento contundente. Eso mismo le pasa al hipotecante no deudor que constituye una hipoteca global, y no creo que pueda convincentemente defenderse que la hipoteca del art. 153 bis LH no admita ser constituida por persona distinta del deudor. Es verdad que cuando un propietario grava su finca en garantía de deuda ajena, existe un contrato de afianzamiento real, una relación de valuta u otra relación jurídica entre hipotecante no deudor y el deudor que fundamenta la causa del gravamen en garantía de deuda ajena (salvo cuando la causa es una liberalidad) y que esa relación puede no existir o mantenerse cuando otro propietario adquiere el bien con la carga, sea en negocio voluntario, sea en negocio forzoso. Pero lo que sí se puede afirmar categóricamente es que tanto en una transmisión voluntaria como forzosa, el adquirente habrá podido precaverse de los riesgos que supone la carga real:

- (a) En efecto, en una transmisión voluntaria, la retención o el descuento del precio del art. 118 LH cuando el comprador no se subroga en la deuda hipotecaria es herramienta más que suficiente. El adquirente puede retener el importe de la obligación garantizada por la carga (o una parte) con el límite en todo caso de la responsabilidad hipotecaria. O puede descontar del precio todo o parte del importe

⁵⁷¹ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, pp. 4-5. Estos dos autores acaban rechazando la ejecución parcial con base en la legislación procesal que no contempla, afirman, un mandamiento judicial de cancelación parcial de la hipoteca, como colofón de la ejecución (art. 692.3 LEC) (si bien CORDERO LOBATO hace esta afirmación sin plena convicción, al reconocer que el mandamiento de cancelación parcial de la garantía ocurre, por ejemplo, en el caso previsto en el art. 693.1 LEC o en el segundo párrafo del art. 127 LH). También parece rechazarla Díez GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias...*, *op. cit.*, p. 257, nota a pie 436.

de la obligación, nuevamente con el límite en todo caso de la responsabilidad hipotecaria. La máxima protección para el comprador es descontar del precio que estaría dispuesto a pagar por el bien en ausencia del gravamen la totalidad de la obligación asegurada con el límite de la responsabilidad hipotecaria: si se materializa el riesgo (si se impaga la deuda garantizada y se inicia la ejecución), el comprador utilizará el importe descontado para enervar la ejecución y desembarazar el bien. Y si el riesgo desaparece, porque se cancela la hipoteca o la obligación, el vendedor tendrá una acción extracontractual contra él por enriquecimiento injusto para la que podrá servirse de la hipoteca, salvo que se haya contractualmente excluido al tiempo de la venta, en cuyo caso el comprador habrá definitivamente adquirido un bien libre a precio de bien gravado. La siguiente mejor protección para el comprador es la retención del importe total de la deuda, con el límite de la responsabilidad hipotecaria. También aquí se cubre completamente del riesgo de ejecución del bien por impago de la deuda, pues podrá usar la cantidad retenida para detener la ejecución y liberar el bien, y sólo devendrá entonces exigible el pago al vendedor de la cantidad retenida neta de la que haya tenido que satisfacer en la ejecución (acción contractual). En caso de pago de la deuda por el vendedor, extinción de la obligación por cualquier otro motivo o de cancelación de la carga, el vendedor adquiere el derecho a reclamar la cantidad retenida, subrogándose en las acciones reales del acreedor hipotecario si se mantiene la hipoteca. Y si se realiza un descuento o retención parcial, pues disfrutará de una protección sólo parcial respecto del riesgo que supone la carga. Naturalmente y por las razones inversas, el vendedor preferirá la retención al descuento a igualdad de cantidades a retener o a descontar. Pero sea con descuento, sea con retención, el comprador es capaz de evaluar el riesgo de impago de la obligación asegurada. Y si no quiere evaluar ni asumir ese riesgo, pues le basta con hacer una retención o descuento total de la cantidad asegurada con el límite de la responsabilidad hipotecaria. Si la carga existente es una hipoteca flotante o global que puede dar cobertura a obligaciones futuras (determinadas o indeterminadas en número), además de las obligaciones ya existentes al tiempo de la compraventa, no podrá contentarse con retener o descontar el importe de la obligación u obligaciones existentes, sino que deberá retener o descontar la totalidad de la responsabilidad hipotecaria.

- (b) Y en caso de ejecución parcial de la hipoteca flotante (sin purga), cualquier postor que concurra a la licitación habrá podido saber que rematará un bien gravado bajo una hipoteca global, por lo que habrá tenido oportunidad de “descontar” (apreciar) el riesgo de que deudor y acreedor concierten nuevas operaciones cubiertas por la garantía (en el plazo de la hipoteca aún remanente) y el riesgo de que se incumplan al vencimiento desencadenando una nueva ejecución contra la cosa (entonces ya de su propiedad). Si no quiere evaluar o asumir en absoluto esos riesgos, pues simplemente deducirá de la puja que, en ausencia de esa hipoteca, haría por el bien la responsabilidad máxima hipotecaria remanente. Así, si esos créditos futuros llegan a concertarse entre el deudor y el acreedor flotante, y se impagan, el comprador podrá enervar la ejecución abonando la deuda reclamada por ese crédito o créditos futuros impagados, con el límite de la responsabilidad hipotecaria que dedujo o descontó al tiempo de la formulación de su puja, conforme al art. 662.3 LEC.

Se añade como reparo que la ejecución parcial tampoco debe admitirse porque podría producir el enriquecimiento injustificado del rematante si ha descontado la totalidad de la responsabilidad hipotecaria del “*valor real de las ofertas, y luego resulta que el antiguo hipotecante deudor y el acreedor ya no contratan nuevos créditos incluibles en la cesta de la hipoteca que ya está siendo prestada por el adquirente*”⁵⁷². Tampoco lo comparto: si ha descontado la total responsabilidad hipotecaria remanente, pero al final se ejecuta la hipoteca por una cantidad menor (porque no han surgido todos los créditos futuros esperados, o han surgido pero han sido parcialmente amortizados al tiempo de la ejecución) o simplemente no se ejecuta la hipoteca porque no surgen los créditos futuros esperados, no se habrá enriquecido injustificadamente el rematante a costa del ejecutado, de los titulares registrales existentes al tiempo de la primera ejecución o del deudor no propietario, puesto que el rematante habrá soportado, hasta esa segunda ejecución, ese riesgo de concertación de nuevos créditos, el riesgo de impago y el riesgo de consecuente ejecución de la hipoteca (riesgos que, como tercer poseedor, sufre hasta por el máximo de la responsabilidad hipotecaria). Amén de sufrir igualmente las consecuencias adversas del mantenimiento de la hipoteca previa, como la imposibilidad o mayor dificultad de obtener endeudamiento adicional sobre el inmueble, la mayor dificultad para la transmisión del bien o para el otorgamiento de

572

CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 4.

derechos reales limitados sobre el mismo. Soporta el riesgo –y las consecuencias adversas de la existencia de la hipoteca– y de ahí que no pueda considerarse ese eventual enriquecimiento injustificado o con causa ilícita. Como el comprador que descuenta del precio el importe de la obligación asegurada, o sólo una parte, conforme al art. 118 LH no se enriquece injustificadamente a costa del vendedor si finalmente la obligación asegurada o la hipoteca se extinguen. Porque ha soportado el riesgo de que eso no sucediera –y las consecuencias adversas del mantenimiento de la hipoteca hasta que el riesgo definitivamente desaparece–. Y la prueba de que no existe enriquecimiento sin causa es que el ordenamiento protege el “*interés*” del vendedor que vende con retención o descuento (arts. 118 LH y 230 RH) y del deudor de una carga anterior o el tercer poseedor al tiempo de la ejecución de una carga posterior (arts. 230-231 RH) a dirigirse frente al comprador o el adjudicatario en la ejecución de la carga posterior cuando pagan la obligación hipotecaria o cuando ésta no llega a nacer, atribuyéndoles incluso el derecho a utilizar la hipoteca correspondiente para dirigirse frente al dueño (como se analizó en el Capítulo VII), extensión de la hipoteca que se hace, precisamente, para reforzar la acción personal contractual –en caso de venta con retención de precio– o de enriquecimiento sin causa –en los demás–. “*El enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes pues, entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en función de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, los resultados de la aplicación de las normas*”, proclama la STS n.º 128/2006 de 16 de febrero de 2006 (Sr. Xiol Ríos) (RJ 2006/720)⁵⁷³.

En caso de pluralidad de titulares en la parte activa del gravamen sin asignación de la parte de responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito de cada acreedor o sin que, de otra forma, se haya establecido o pueda asignarse a cada acreedor una cuota en la hipoteca flotante, comparto el juicio de CORDERO LOBATO de que serían aplicables las normas de la comunidad de bienes (salvo que se haya establecido una comunidad germánica sobre la hipoteca), lo que impediría a alguno de los acreedores servirse de la cosa en perjuicio de los demás (art. 394 CC) e impondría por tanto la necesidad de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria con prorrateo posterior entre los acreedores. La misma consecuencia (ejercicio conjunto) aplicaría en un supuesto de comunidad

⁵⁷³

Ídem, SSTS de 15 de noviembre de 1990 (Sr. Fernández Rodríguez) (RJ 1990/8948), n.º 681/2003 de 8 de julio de 2003 (Sr. Romero Lorenzo) (RJ 2003/4334) y n.º 901/2005 de 18 de noviembre de 2005 (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2005/7733).

germánica o en mano común sobre la hipoteca.

Tampoco CANALS BRAGE admite la ejecución parcial (se entiende, con subsistencia del gravamen) más que en el caso de que la flotante garantice varias obligaciones determinadas, sobre la base de la aplicación analógica del art. 693 LEC. No cabría, por tanto, en su opinión si las diversas obligaciones garantizadas se refunden novatoriamente en un “saldo” (porque no habría en este caso razón alguna para no aplicar el principio básico en esta materia, que es que el acreedor puede ejecutar por una parte de la deuda garantizada, sólo, pero que la ejecución extingue indefectiblemente la hipoteca) (arts. 133-134 LH, 642, 674 y 692 LEC).

Estoy de acuerdo en que cuando se pacte la refundición novatoria de las distintas obligaciones garantizadas en un saldo, resulta difícil justificar la posibilidad de ejecución parcial, porque en definitiva esa hipoteca no es nada diferente de una hipoteca en garantía de una única obligación. Pero hay que admitir que resultará poco probable, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, que las partes pacten la refundición extintiva de las obligaciones garantizadas, cuando tal no se impone en el art. 153 bis LH (pues la pérdida de las garantías individuales que pudieran tener esas obligaciones es un caro precio a pagar por el acreedor). Por último, tampoco cabe la ejecución parcial, en opinión del citado autor, cuando la hipoteca garantiza obligaciones “indeterminadas” (en referencia a obligaciones futuras que se determinan por relación a un acto jurídico básico identificado en la escritura). La razón alegada, en este caso, es que ello permitiría “*al acreedor convertir su hipoteca en “solidaria” al posibilitar englobar en la nueva ejecución obligaciones no satisfechas en la ejecución anterior*”⁵⁷⁴.

Cabe mencionar que la proposición no de ley n.º 162/000260 del Grupo Parlamentario Mixto publicada poco más de un año después de la entrada en vigor de la Ley 41/2007 parece dar por sentado la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante, que sin embargo rechaza, haciendo votos para “[s]uprimir la modalidad de hipoteca flotante, o, en su defecto, modificarla regulando específicamente su procedimiento de ejecución, prohibiendo en todo caso la ejecución parcial [...]”⁵⁷⁵. La motivación fundamental del rechazo de la ejecución parcial se encuentra en que este

⁵⁷⁴ CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 90. Por otro lado, en las “Normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007” del Colegio de Registradores se admite la posibilidad de que se permita una ejecución por el saldo parcial que en un determinado momento se fijara (invocando al efecto el art. 693.1 LEC) y afirmando a continuación “*aunque la ejecución parcial se considera poco práctica*” (p. 6), sin que se aporte justificación de esta aseveración.

⁵⁷⁵ BOCG n.º 119, 5 de diciembre de 2008, pp. 9-12.

tipo de hipotecas, se afirma, *“dificultará la circulación de la propiedad y el crédito territorial [...], disminuye el valor en cambio de la finca, en función de la dificultad de cancelación de la misma, hasta la práctica amortización de la propiedad [...]*” y ello porque el adquirente de la finca *“siempre se encuentra obligado a descontar el riesgo derivado de la indeterminación, pero en nuestro caso, ésta es enorme, entre otros motivos mientras no se impida que el acreedor pueda proceder a ejecuciones de créditos individuales con subsistencia de la hipoteca en garantía de los restantes [y dado que] esa amortización de la propiedad se siente también en la ejecución por el motivo indicado (subsistencia en garantía de los restantes créditos) el resultado normal es que el único rematante será el banco, lo que en la práctica convierte a esta hipoteca en un pacto comisorio en su peor modalidad”*⁵⁷⁶.

Esa última crítica resulta infundada. No se advierte diferencia alguna en el comportamiento de los potenciales licitadores para el caso de que se ejecute parcialmente una hipoteca flotante o se ejecute sólo una de las hipotecas de rango simultáneo de tráfico u ordinarias que se hayan podido constituir sobre el bien en alternativa a la hipoteca flotante: en caso de ejecución de una de ellas, las restantes se convierten en preferentes conforme a la regla del art. 227 RH; los potenciales licitadores deberán valorar el riesgo de incumplimiento de las restantes obligaciones aseguradas por las otras hipotecas y, salvo en caso de minoración o extinción conforme al expediente del art. 657 LEC, descontarán del valor de aprecio del bien para determinar la puja que quieren efectuar la responsabilidad hipotecaria de dichas hipotecas. Lo mismo que harán los licitadores en la ejecución parcial de la flotante. Sólo si el valor del bien estimado por los licitadores es superior a la responsabilidad hipotecaria conjunta de las hipotecas simultáneas que, por imperativo del art. 227 RH se convierten en preferentes, el licitador se abstendrá de realizar puja alguna. Igual que los licitadores en la ejecución parcial de una hipoteca flotante se abstendrán de efectuar puja si el valor en que aprecian el bien es inferior a la responsabilidad hipotecaria remanente de la hipoteca flotante tras la ejecución. Esto es, la ejecución parcial de la hipoteca flotante no incentiva o desincentiva el comportamiento competitivo de los potenciales licitadores respecto del supuesto en que se esté ejecutando una hipoteca de rango simultáneo (o posterior) que el de otras inscritas sobre el mismo bien. Ni otorga la ejecución parcial de la hipoteca flotante al acreedor hipotecario flotante mayor o mejor derecho, o más

⁵⁷⁶

En este mismo sentido, TENA ARREGUI, Rodrigo: “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario”, *op. cit.*, pp. 35-36

probabilidades de adjudicarse el bien por subasta desierta conforme al art. 671 LEC, de los que tiene el acreedor hipotecario en una hipoteca ordinaria que recae sobre un bien también gravado con hipotecas simultáneas o preferentes a favor del mismo acreedor.

1.3.4 La licitud del pacto de distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas para viabilizar la ejecución parcial

¿Y si se hiciera constar en la escritura hipotecaria y en el registro el modo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes en caso de ejecución por una parte únicamente de las obligaciones garantizadas? En este pacto se determinarían los criterios para aplicar la responsabilidad hipotecaria “no consumida” en su conjunto:

- (a) a la obligación u obligaciones garantizadas pendientes, manteniéndose la indiferenciabilidad entre ellas (la hipoteca flotante se mantendría en vigor, si bien cubriendo solamente las obligaciones aún pendientes, manteniéndose la indiferenciabilidad propia de la flotante⁵⁷⁷); o
- (b) a la obligación u obligaciones garantizadas pendientes pero distribuyendo esa responsabilidad hipotecaria entre aquéllas (y entonces la hipoteca flotante se convertiría en tantas hipotecas de igual rango –ordinarias o de seguridad– como obligaciones garantizadas pendientes).

Las objeciones planteables a un pacto de este tipo son las siguientes:

- (a) Se podría discutir la licitud de un pacto de este tipo, incluso insertado en la escritura de hipoteca flotante, sobre la base de que pugna algo con la naturaleza de la hipoteca flotante, que es que la hipoteca “flote” sobre todas las obligaciones garantizadas y que, además, se está de anudando de forma peligrosa ejecución e hipoteca, al efecto de atribuir la categoría de condición de la hipoteca flotante remanente a lo que no es más que un efecto de una nota esencial de la hipoteca (cual es el derecho de realización), como la cantidad por la que se ha despachado la primera ejecución. De mantenerse esta última tesis, debería excluirse la licitud de este pacto con apoyo en las RRDGRN de 4 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4833) ó 27 de febrero de 1999 (RJ 1999/744) en las que se atribuye al

⁵⁷⁷

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA entiende que la parcelación o troceamiento de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones es una exigencia de la flotante. Así constituida, obviamente entiende que cabe la ejecución parcial con subsistencia de la carga (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca...”, *op. cit.*, p. 1.147-1.148).

incumplimiento de la obligación principal el carácter de elemento estructural o «*condicio iuris*» de la hipoteca, excluyendo que pueda admitirse como «*condicio facti*» a la que sujeta la hipoteca, puesto que de ésta depende su propia efectividad, al poner en marcha el «*ius distrahendi*».

No me resulta atendible este argumento dado que la hipoteca remanente no se sujeta a ninguna condición estructural (el incumplimiento), sino que simplemente se liga una de sus determinaciones esenciales (el importe de la responsabilidad máxima hipotecaria) al pacto alcanzado por las partes en la escritura de hipoteca.

- (b) También podría alegarse que este pacto quiebra las exigencias del principio de determinación. La RDGRN de 12 de marzo de 1936 (RJ 1936/809), que versa sobre la posibilidad de que se constituya una hipoteca sobre un bien suspensivamente condicionada a la insuficiencia de otra hipoteca sobre otro bien para satisfacer la misma obligación garantizada sin hacerse determinación de la parte cubierta por cada una de las hipotecas (conforme al art. 119 LH), deniega la inscripción por no constar dicha distribución de responsabilidad (en definitiva, por el rechazo a la hipoteca solidaria) afirmando que “*aun admitiendo la validez de tal hipoteca subsidiaria, existiría indeterminación de responsabilidad de la finca, ya que esta no podría determinarse hasta que no se concretase el descubierto que quedare en la ejecución de la finca primeramente hipotecada, lo que sobre oponerse a las prescripciones de los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria, es atentatorio al libre desenvolvimiento del crédito territorial*”.

Tampoco este argumento me parece meritorio porque la hipoteca flotante rompe, precisamente, con esa estricta aplicación del principio de determinación, para servir de garantía de una pluralidad de obligaciones sin imputación de la responsabilidad individual de la que responde el bien por cada una de ellas.

- (c) Podría negarse la validez del pacto sobre la base de que la purga de la hipoteca en caso de ejecución parcial es el principio general, y la exclusión de la purga la excepción, sin que sea correcto extender las excepciones al principio fuera de los supuestos de hecho expresamente contemplados por la ley. Aunque no se recoge, como en el antiguo art. 131 LH, la imperatividad del procedimiento de ejecución de los arts. 681 y ss. LEC, es pacífico el carácter de derecho necesario de estas disposiciones (art. 129 LH) por establecerse no sólo en beneficio del hipotecante, sino también de los terceros poseedores, los terceros registrales y los arrendatarios

y ocupantes.

Es cierto que en estos casos en los que la Ley admite la ejecución parcial, con subsistencia de la hipoteca, se arbitran mecanismos de protección de los intereses de los terceros poseedores para evitar la perpetuación de la carga. Por ejemplo, es requisito de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas que se determine la fecha en que deba satisfacerse la última prestación o pensión o el evento que determine su extinción (art. 248. III RH), de forma que el propietario pueda solicitar la cancelación de la hipoteca transcurridos seis meses desde la fecha en que, según la inscripción, debería haberse satisfecho la última pensión (salvo que conste en el registro la novación del contrato o la reclamación de pago formulada contra el deudor) (art. 157, IV LH), admitiéndose no obstante que convencionalmente se excluya este derecho durante un plazo no superior a cinco años (art. 248. IV RH). Pero se puede oponer en contrario que esa es una exigencia del art. 157 LH que no se contempla en los otros supuestos en los que se admite la ejecución parcial con subsistencia del gravamen y que, además, es requisito fundacional de la hipoteca flotante el establecimiento de un plazo para la hipoteca (a cuyo vencimiento, el registrador podría cancelar de oficio la inscripción). Se apunta, para rechazar la extensión analógica de los supuestos excepcionales contemplados por la ley, la inexistencia de identidad de razón: los supuestos legales se refieren a una sola obligación que ha de cumplirse en plazos sucesivos o de la que son acreedores varias personas o varios títulos procedentes de una misma emisión:

“El carácter unitario de la fuente de las obligaciones garantizadas no existe necesariamente en la hipoteca flotante; más bien al contrario, esta figura ha surgido para acoger bajo el manto protector de una única garantía créditos procedentes de diversas fuentes y que conservan su individualidad”⁵⁷⁸.

- (d) Se puede invocar frente la licitud o inscribibilidad de este pacto el art. 144 LH que declara inoponible a los terceros hipotecarios todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, sino desde que se haga constar en el registro. Este artículo ha sido usado para rechazar la posibilidad de fijar un plazo inicial prorrogable y uno máximo

⁵⁷⁸

RENTERÍA AROCENA, Alfonso, *op. cit.*

para la obligación garantizada por la hipoteca.

No puedo participar de esta crítica porque el art. 144 LH sanciona la inoponibilidad frente a terceros hipotecarios de esos hechos o pactos modificativos o extintivos de la obligación asegurada en tanto no se hagan constar en el registro. Por tanto, si el pacto constase en la propia inscripción inicial de la hipoteca, no se daría el supuesto de hecho del 144 LH. Es más, la constancia en la escritura de hipoteca permitiría incluso entender aplicable, por analogía, lo previsto en el art. 240 RH respecto de los hechos o convenio “*que tenga por objeto llevar a efecto un contrato inscrito pendiente de condiciones suspensivas*” y que obliga a extender la nota marginal correspondiente (aunque obviamente en el supuesto que contemplamos no hay condición suspensiva alguna de la hipoteca).

- (e) Podría decirse que la protección del tercero registral que resulta de los arts. 32 y 34 LH se basa en la necesidad de preservar los cálculos de riesgos efectuados por los terceros cuando acceden al registro. Con carácter general, al titular registral que asienta su derecho con posterioridad a una hipoteca, le es oponible la carga, y, en consecuencia, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación garantizada en la manera en que una y otra están consignadas en el registro, pero no si se alteran⁵⁷⁹. Si existía una hipoteca de 100 € de responsabilidad hipotecaria en garantía de una obligación de 10.000.000 € y otra hipoteca del mismo rango de 10.000.000 € de responsabilidad hipotecaria en garantía de una obligación de 100 €, sabe que su riesgo es de 200 €, aunque el riesgo del deudor (si fuera el mismo en ambas obligaciones) es de 10.000.100 €. Obviamente, tiene derecho a oponerse al pacto de acreedor y deudor por el que acuerden “*trasvasar*” responsabilidad de la segunda a la primera hipoteca, aunque no se supere la responsabilidad hipotecaria inicial conjunta. Se podría decir que el mantenimiento de la hipoteca flotante por las obligaciones no vencidas en caso de ejecución parcial violenta esa previsibilidad del riesgo del tercer titular que el ordenamiento debe garantizar.

Tampoco me parece un razonamiento sólido, porque el titular posterior va a

⁵⁷⁹

Con carácter excepcional, la Ley excluye la protección en algunos casos concretos como por ejemplo en el ámbito de la hipoteca recargable o las restantes novaciones modificativas sin pérdida de rango contempladas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación de préstamos hipotecarios.

conocer que el acreedor flotante goza del derecho a realizar el bien por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, o por todas ellas, hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria. Por tanto, si en vez de dos hipotecas como en el ejemplo anterior, tuviéramos una hipoteca flotante de 200 € de responsabilidad hipotecaria en garantía de las mismas dos obligaciones, el riesgo máximo que soporta el titular registral posterior sigue siendo de 200 € Y no más. Ese sería igualmente el riesgo que soportaría si se ejecutase el bien por incumplimiento de una de las obligaciones (cualquiera que sea) con permanencia de la hipoteca por la otra obligación.

- (f) Podría alegarse también en contra de la licitud del pacto que analizamos que, en esta materia nos encontramos ante normativa de orden público, por lo que queda al margen del poder de disposición de las partes. Así, ejecutante y ejecutado pueden pactar un sistema de realización del bien ejecutado diferente del previsto en la Ley⁵⁸⁰ (art. 640 LEC) pero este sistema o acuerdo sólo será aprobado por el juez si no causa *“perjuicio para terceros cuyos derechos proteja esta Ley”* y *“si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos del ejecutante y ejecutado, a quienes afectar”*. En el caso concreto de bienes susceptibles de inscripción registral, se precisará, además, *“la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotados sus derechos... con posterioridad al gravamen que se ejecuta”*. Del mismo modo, se permite a ejecutante y ejecutado que acuerden que el bien se ejecute a través de persona especializada y conocedora del mercado en que se compren y venden esos bienes acomodándose la realización *“a las reglas y usos de la casa o entidad que subaste o enajene”* (y no a los de la Ley procesal) (art. 641 LEC), pero en caso de bienes inmuebles, la determinación de la persona o entidad especializada y las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia de las partes *“y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados”* art. 641.3 LEC) (concurriendo, desde luego, tal condición en el tercer poseedor –art. 658 LEC– y los titulares registrales posteriores –art. 659 LEC– y también en los arrendatarios u ocupantes –art. 661 LEC–). El tribunal resolverá lo que estime procedente, pero

580

Algunos incluso postulan que el convenio al que se refiere el art. 640 LEC puede alcanzar no sólo la realización del bien sino sobre cualquier otra forma de satisfacción del crédito del acreedor, como la reestructuración de la deuda, la dación en pago, etc. (ACHÓN BRUÑÉN, María José: “Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria”, *La Ley*, n.º 7966, de 16 de noviembre de 2012, p. 3).

no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por 100 del valor que se haya dado al inmueble “*salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados*”. Y, por último, incluso en estos sistemas convencionales de realización sustitutivos a la subasta judicial, se aplican las reglas legales en cuanto a “*la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas*” (art. 642.2 LEC).

El argumento me resulta, nuevamente, forzado: el pacto al que me refiero no es un convenio de ejecución orientado a sustituir la aplicación de las normas procesales de ejecución, sino un acuerdo incluido en la propia escritura de hipoteca (que el registro, en consecuencia, publicitaría y, por tanto, enteramente oponible frente a terceros) que se refiere al mismo derecho de hipoteca, al alcance del poder de agresión del acreedor respecto del bien hipotecado en relación con cada una de las obligaciones garantizadas. Del mismo modo que la Ley no impone cortapisa o limitación alguna a hipotecante e hipotecado para pactar una responsabilidad hipotecaria significativamente superior o significativamente inferior al valor de tasación del bien al tiempo de la hipoteca pese a sus evidentes consecuencias jurídicas respecto de los derechos del deudor, del tercer poseedor o de los titulares registrales posteriores (*ex* arts. 659, 670 a 672, 689 ó 692 LEC por citar sólo algunas), nada les impide distribuir a su gusto la responsabilidad hipotecaria, en una hipoteca flotante, entre las distintas obligaciones garantizadas, para así abrir la puerta a una ejecución parcial si esa posibilidad ha sido establecida en la propia escritura de hipoteca, ha tenido acceso al registro y, en consecuencia, resulta oponible para quien anote o inscriba derechos con posterioridad. En este mismo sentido, adviértase que hasta la Ley 1/2013, nuestro Derecho tampoco establecía limitación alguna para que las partes establecieran el valor de tasación a efectos de subasta (que abre la puerta al procedimiento hipotecario *ex* art. 682.2.1º LEC), con importantísimas consecuencias respecto de terceros (y aún sobre la propia entidad prestamista para el caso de que haya movilizado el crédito o préstamo hipotecario en cuestión en el mercado hipotecario secundario y se verifiquen posteriormente alteraciones relevantes que desmientan la corrección de la tasación inicial). Y con la nueva redacción del art. 683.2.1º LEC se exige tan sólo que el valor de subasta respete al menos el 75% de la tasación a efectos hipotecarios,

dejando, en consecuencia, aún bastante margen a las partes al respecto (el 25% a la baja y sin límite al alza)⁵⁸¹.

- (g) Voy a considerar ahora la última objeción, en mi opinión la más sólida, que apela al perjuicio irrogado en la ejecución parcial al deudor propietario, al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Todos ellos comparten el legítimo interés de que, en la ejecución de la carga preferente, se maximice el valor del bien (a los efectos del reparto del sobrante de los arts. 672 LEC, 223 ó 236 (k) RH en la extrajudicial)⁵⁸². No cabe duda que la ejecución parcial de una hipoteca flotante por una o varias de las obligaciones garantizadas vencidas, con subsistencia del gravamen por una parte de la responsabilidad hipotecaria en garantía del resto de las obligaciones garantizadas (presentes o futuras) perjudica la maximización del remate, pues los licitadores “*descontarán*”, como se ha explicado, el riesgo de realización futura de la hipoteca remanente y deducirán del precio que pagarían por el bien si quedara libre de cargas una parte o la totalidad de la responsabilidad máxima hipotecaria de la carga remanente. El ejecutante de la carga preferente tiene derecho al remate por el importe de la deuda por la que se ejecuta, con el límite de la responsabilidad hipotecaria (y sin perjuicio de la continuación de la ejecución frente al deudor en caso de que la deuda no sea íntegramente atendida a resultas de la ejecución hipotecaria *ex art.* 579 LEC⁵⁸³). El remanente, si lo hubiera, queda para los titulares registrales

⁵⁸¹ El TS tiene declarado que el valor a efectos de subasta “*es inmodificable [...] y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjativa u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación a planta, destrucciones, etc.)*” (STS n.º 269/1993 de 24 de marzo de 1993, Sr. Marina Martínez-Pardo, RJ 1993/3306).

⁵⁸² AAP Sevilla de 19 de noviembre de 2004 (Secc. 5.ª) (Cendoj: 41091370052004200203). AAP Huelva de 30 de abril de 2003 (Secc. 3ª) (Cendoj: 21041370022003200128): “*la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil deja meridianamente claro el destino del precio de remate: al actor se satisfará en primer lugar el principal, intereses y costas, sin que lo entregado por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria*”; *en segundo lugar, serán satisfechos, los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca, en tercer lugar, si el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor y no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra, se pagará la totalidad de lo que se deba al ejecutante; finalmente, si existiere remanente se entregará al propietario del bien*”.

⁵⁸³ AAP Barcelona n.º 4/2006 de 11 de enero de 2006, Secc. 11.ª (Sr. Bachs i Estany) (JUR 2006/88698); AAP Sevilla de 16 de marzo de 2004, Secc. 5.ª (Sr. Sanz Talayero) (JUR 2004/127466); AAP Sevilla AAP de Sevilla de 19 de abril de 2004, Secc. 5.ª (Sr. Sanz Talayero) (EDJ 2004/42655); AAP Madrid n.º 185/2004 de 14 de septiembre de 2004, Secc. 21.ª (Sr. Belo González) (EDJ 2004/166275); SAP Barcelona n.º 5/14 de 7 de enero de 2014, Secc. 1.ª (Sra. Guzman Oriol) (La Ley 4877/2014), entre muchos.

posteriores. Es obvio que si se pretende la ejecución parcial es porque la deuda garantizada vencida (por la que se insta la ejecución) es menor que la responsabilidad hipotecaria inscrita. Si la obligación garantizada vencida por la que se procede a ejecutar la flotante supera la responsabilidad hipotecaria, el acreedor flotante no tendrá incentivo alguno para acudir a la ejecución parcial. O dicho al revés: si acude a la ejecución parcial es porque la deuda vencida por la que procede es inferior a la responsabilidad hipotecaria inicial. Vamos a partir de este supuesto, para simplificar el análisis. Supongamos que hay constituida una hipoteca flotante de 100 € de responsabilidad hipotecaria en garantía de una obligación A futura, una obligación presente B no vencida de 50 € y una obligación C vencida e impagada de 25 € y que el valor de mercado del bien libre en ese momento es de 115 €. Imaginemos que se ha fijado en la escritura de constitución de la hipoteca una regla de reparto o desglose de la responsabilidad hipotecaria a efectos de la ejecución parcial que atribuya a la hipoteca remanente tras la ejecución una responsabilidad hipotecaria igual a la inicial menos el principal de la deuda por la que se procede. En este caso, si ejecutara por la deuda C, la hipoteca remanente tendría una responsabilidad hipotecaria de 75 €. Si los licitadores comparten la estimación del valor de mercado del bien, descontarán todo o parte de la responsabilidad de la hipoteca remanente y harán una puja máxima de 40 € (115-75). Con los 40 €, se entregan al ejecutante 25 € para satisfacción de la obligación C y, tras deducir las costas, se pone a disposición de los titulares registrales la diferencia (asumiendo, por simplicidad, que las costas son 0 €, se pondrían a disposición de los terceros 15 €). Si el acreedor no pudiera acudir a la ejecución parcial, la hipoteca flotante se purgaría completamente por lo que los licitadores podrían proponer una puja de hasta 115 €, de los que, tras abonar al acreedor la cantidad por la que se despachó ejecución (25 €) y las costas (en nuestro ejemplo simple, 0 €), llegarían a los titulares 90 €. Por tanto, en este ejemplo se aprecia que la ejecución parcial de la flotante perjudica al propietario deudor, al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o a los demás titulares registrales posteriores porque reduce el sobrante para ellos.

En realidad, el derecho del propietario deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor o de los demás titulares registrales posteriores a la maximización del remate no puede hacerse a costa del derecho del acreedor flotante a pretender

el aseguramiento *efectivo* por el bien hipotecado de todos los créditos incluidos en la garantía hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria, o la afección real del bien respecto de todos los créditos de la cesta hasta el límite del máximo hipotecario, sin que deba perder esa afección real (o equivalente) en aras de un difuso derecho de los terceros registrales a la maximización del sobrante. El derecho real del acreedor flotante ha de primar sobre el interés (legítimo, pero no más que interés) de los terceros registrales a la maximización del sobrante.

La afección real en que la hipoteca flotante (cualquier hipoteca) consiste se extiende al bien o, en caso de destrucción o expropiación de éste, a las indemnizaciones o justiprecios (art. 110.2º LH), produciéndose en esos casos una subrogación *in rem* de la cosa gravada, que mantiene la afección. Igualmente, el adquirente de la finca hipotecada puede exigir la cancelación de la hipoteca satisfaciendo “*el importe de la responsabilidad especial*” de la finca (art. 221 RH en relación con los arts. 119-120 y 123-124 LH)⁵⁸⁴. No por ello, la deuda se hace exigible –si aún goza el deudor de plazo–, por lo que el importe satisfecho por el tercer poseedor no se destina al pago, sino al aseguramiento del crédito hipotecario, operando nuevamente una subrogación *in rem* en el objeto de la garantía real. El acreedor hipotecario sigue conservando plena afección real, pero ya no sobre la finca, sino sobre el efectivo satisfecho. E incluso el rematante en la ejecución de una finca que responda de una deuda a plazo puede exigir la cancelación de la hipoteca remanente, depositando “*su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado al acreedor al vencimiento de los plazos pendientes*”. En todos estos casos, la afección especial en que consiste la hipoteca, entendida como atribución exclusiva y excluyente de una parcela de valor en cambio del bien, se mantiene para la seguridad de los créditos cubiertos, si bien mutado el objeto sobre el que recae (dinero en lugar de inmueble). Si la hipoteca resiste hasta en supuestos de pérdida o destrucción física o jurídica de la cosa hipotecada, en tanto se mantenga el crédito, ¿cómo aceptar que se pierde en el supuesto “típico”, como es en la realización del valor de la cosa hipotecada en la ejecución? En caso de que la hipoteca se extinguiera plenamente en la ejecución, habría que aceptar el derecho del acreedor hipotecario al sobrante del remate, tras el pago de la deuda por la que se ejecuta, para la satisfacción de los

584

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “La hipoteca”, *op. cit.*, pp. 648-650.

restantes créditos garantizados y hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, operando nuevamente una subrogación *in rem* del objeto de la garantía real. Y sólo si hubiera remanente, éste sí se pondría a disposición de los titulares registrales posteriores (hasta el límite de sus respectivas responsabilidades hipotecarias) y el sobrante, en última instancia, del propietario. Así considerado, la ejecución parcial de la hipoteca flotante no perjudica un ápice el derecho al sobrante de los titulares registrales posteriores pues este sólo existe sobre el remanente respecto de la responsabilidad máxima hipotecaria. En el ejemplo anterior, si no se admitiera la ejecución parcial, de los 115 € satisfechos por el rematante, 25 se aplicarían al pago del crédito C por el que se ejecuta, y 75 € al aseguramiento de los créditos A y B, poniéndose a disposición de los titulares registrales 15 € (esto es, la misma cantidad que se admitiría la ejecución parcial).

Estimo que, aceptado lo más (que el acreedor flotante pueda dirigirse por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas), debería igualmente aceptarse lo menos (que, ejecutado el bien por el incumplimiento de alguna obligación garantizada, se mantenga la hipoteca en seguridad de las restantes obligaciones), si así ha quedado expresamente consignado en la escritura de hipoteca, fijándose de forma cierta e indubitada los criterios que deben seguirse para la atribución de la responsabilidad hipotecaria a la obligación u obligaciones pendientes y sin que se incremente en ningún caso la responsabilidad hipotecaria total (pues para ello sería exigible, además, el consentimiento del deudor, el hipotecante y de los titulares registrales posteriores)⁵⁸⁵. Tengo la duda de si sería necesario exigir, para aceptar la licitud de este pacto, que todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante fueran precisamente de alguna de las especies a las que no se aplica, excepcionalmente, el efecto general de la purga de la hipoteca en caso de ejecución parcial, o sea, de las descritas en los arts. 693 LEC, 127, 154 LH (o incluso en el 157 LH). Por una parte, produce algo de repulsión defender este efecto excepcional respecto de obligaciones no comprendidas en estos artículos. Pero por otra, la clave para aplicar estos preceptos está en la existencia de una pluralidad de obligaciones garantizadas por la flotante, o de plazos dentro de una misma obligación, y no tanto en la naturaleza de dichas obligaciones. Es desde luego más sólido el razonamiento si las obligaciones participan de la naturaleza de las descritas en los arts.

585

En el mismo sentido, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: "La ejecución judicial...", *op. cit.*, pp. 491-492 y CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución...*, *op. cit.*, pp. 195-198.

639 LEC, 127, 154 LH ó 157 LH. Pero incluso si no lo fueran, creo que la interpretación más generosa es la más conforme a Derecho.

Por tanto, si se hace constar en la escritura de hipoteca el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas a los meros efectos de la ejecución parcial (ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, total o parcialmente, permaneciendo pendientes el resto) y esta asignación no supone en ningún caso ampliación de la responsabilidad máxima hipotecaria total inicial, debería admitirse la licitud e inscribibilidad de este pacto y, en consecuencia, aceptarse la permanencia de la hipoteca flotante respecto de la obligación u obligaciones garantizadas pendientes no obstante la ejecución por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas.

1.3.5 *El pacto de apoderamiento al acreedor para distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas y viabilizar así la ejecución parcial*

Me pregunto por fin si sería válido apoderar al acreedor en la escritura constitutiva de la hipoteca flotante para que distribuya la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas en cualquier momento a su antojo a efectos de viabilizar una ejecución parcial ante el vencimiento de algunas de ellas, con subsistencia de la hipoteca flotante por la responsabilidad remanente, ya sin desglose de ésta entre las restantes obligaciones garantizadas (y, en consecuencia, perviviendo la flotante en situación de indiferenciabilidad) o bien atribuyendo porciones de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca remanente entre las obligaciones garantizadas pendientes.

Me parece que también este pacto debería considerarse lícito e inscribible, con amparo en la libertad de pactos porque no perjudica ni al tercer poseedor, ni a los titulares registrales posteriores y, aunque puede perjudicar al hipotecante no deudor o al deudor propietario, son ellos los que lo han permitido en la escritura de constitución de la hipoteca⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ Lo defendí en AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *op. cit.*, p. 1.235. Convince el razonamiento a CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp-344-345. También lo admite PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, pp. 196-197, pese a pronunciarse en general en contra de la ejecución parcial de la flotante. En contra, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución...”, *op. cit.*, p. 492, quién, sin embargo, admite la ejecución parcial incluso en caso de existencia de varias obligaciones indeterminadas sin constar pacto expreso de distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas en la escritura de constitución de la hipoteca (pp. 494 y ss.).

1.3.6 La ejecución parcial de una hipoteca flotante en ausencia de distribución de responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas

Y si la escritura no contiene una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones, ni un apoderamiento al acreedor para que efectúe esta distribución cuando guste, ¿cabe entonces la ejecución parcial?

La amplitud y generosidad de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 debería animarnos a admitir la posibilidad de que el desglose de la responsabilidad hipotecaria que permite la ejecución parcial se efectúe por el acreedor o acreedores hipotecarios en cualquier momento, incluso aunque tal facultad no haya quedado expresamente establecida a su favor en la escritura de constitución de la hipoteca, y tanto si hay titulares registrales posteriores (en particular, un tercer poseedor) como si no, sin necesidad de contar con el consentimiento o aquiescencia del deudor (para el caso de que no sea el propietario), del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, o de los restantes titulares registrales posteriores. La única excepción a tal posibilidad sería que se hubiera prohibido al acreedor expresamente en la escritura de hipoteca efectuar tal desglose, o que se haya sujetado la determinación a plazo o condición (en cuyo caso, sólo desde que se cumpla uno u otra).

VALERO FERNÁNDEZ-REYES se pronuncia, con valentía, a favor de esta hipótesis, proponiendo que la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca subsistente se reduzca en la suma de los importes reclamados, no los efectivamente cobrados en la ejecución (haciéndose eco de los argumentos arriba utilizados para defender que es el importe reclamado y nunca el cobrado el que debe usarse como referencia para la determinación de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca remanente). Reconoce este autor que la cantidad inicialmente reclamada puede incrementarse en el importe de los intereses devengados durante el procedimiento (art. 693.3 *in fine* LEC) y en las costas de ejecución (art. 654 LEC), pero se tratará en general de pequeños importes y, por otro lado, deberán hacerse constar en el mandamiento judicial de cancelación de cargas que siga a la ejecución (arts. 692.1 LEC y 132.3 LH). Los argumentos principales a favor de esta interpretación son los siguientes:

- (a) La flotante pura perdería gran parte de su virtualidad si el acreedor tuviera la carga de esperar hasta la fecha límite de duración de la hipoteca (o hasta que las deudas garantizadas pendientes se aproximasen a la responsabilidad hipotecaria) para poder ejecutar, lo cual desincentivaría la concesión de crédito tanto en el

periodo intermedio, como desde luego tras la ejecución, lo que, con toda seguridad, va en contra del propósito principal de la reforma que introdujo el art. 153 bis LH. Por el contrario, si el acreedor flotante dispone de la facultad de ejecución de la hipoteca en la medida precisa para que se satisfagan las obligaciones incumplidas, manteniendo la hipoteca en seguridad de las restantes (obviamente, con una menor responsabilidad hipotecaria), el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y los acreedores inscritos o anotantes posteriores van a tener un obvio estímulo para ejercer sus derechos de subrogación y enervación de la ejecución (como forma de evitar la purga de sus propios derechos reales a consecuencia de la ejecución), lo que redundaría desde luego en la satisfacción del acreedor flotante e incluso, indirectamente, del deudor. Y esto último porque, satisfecho el crédito impagado del acreedor flotante, podrá aspirar a conseguir nuevo crédito de aquél con cargo a la hipoteca (nuevo crédito que, obviamente, estará cuantitativamente limitado a la afección real que resulta de la hipoteca flotante aún remanente).

- (b) Por otra parte, si no se admitiera la ejecución parcial de la flotante, es fácil entender que el acreedor hipotecario querrá incluir cláusulas de vencimiento anticipado en cada una de las obligaciones garantizadas por incumplimiento de cualquiera de ellas (las llamadas cláusulas de *cross default* o *cross acceleration*), lo que *prima facie* perjudica al deudor (y, en la medida en que abra la ejecución, a los titulares registrales).
- (c) No se advierte por qué la ejecución parcial perjudica al deudor o al rematante:
 - En cuanto al deudor, no hay duda de que el acreedor podrá seguir teniendo incentivo en la concesión de nuevo crédito al deudor si subsiste la hipoteca (aunque sea con una responsabilidad hipotecaria inferior), algo menos previsible si la hipoteca se purga con la ejecución. Del mismo modo, en la medida en que sea admisible la ejecución parcial, el acreedor no impondrá el vencimiento cruzado de las demás obligaciones pendientes (*cross default*), ni se verá incentivado para acelerar la ejecución de la hipoteca respecto de algunas obligaciones incumplidas, pero aún con alguna posibilidad de subsanación.
 - En cuanto al rematante, en la medida en que quede claro en los anuncios de

la subasta que la hipoteca permanece, cuáles son las obligaciones garantizadas y cuál la responsabilidad hipotecaria remanente, estará tan protegido (o tan poco) como cuando se ejecuta una carga de segundo rango y el rematante queda a expensas de la eventual ejecución posterior de la hipoteca preferente.

Es cierto que la ejecución parcial no perjudica al deudor, al rematante, ni, añadido yo, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor. Éstos últimos continuarán teniendo el derecho a paralizar la ejecución abonando la deuda reclamada por principal, intereses y costas (art. 662.3 LEC), dentro de los límites de responsabilidad a que está sujeto el bien. Podría apreciarse aquí una pequeña discordancia entre la tesis que defiende la ejecución parcial y la literalidad del artículo, que se refiere específicamente al derecho del tercer poseedor a “*liberar el bien*” pagando la deuda reclamada, lo cual parecería sugerir la cancelación de la hipoteca si el tercer poseedor hace uso de este derecho. Pero es una interpretación apresurada, porque es obvio que el tercer poseedor que paraliza una ejecución hipotecaria fundada en el art. 693.1 LEC mediante el pago de la parte del principal o de los intereses que haya(n) ocasionado la ejecución no consigue, con base al art 662.3 LEC, la cancelación total de la hipoteca, que seguirá gravando el bien por el resto del principal o los intereses no vencidos. Para cancelar la hipoteca que siga respondiendo de plazos futuros, está obligado a consignarlos íntegramente (hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria) (art. 127 LH). Análogamente, el tercer poseedor o hipotecante no deudor que paraliza la ejecución de una flotante pagando el principal, intereses y costas (dentro de los máximos de responsabilidad hipotecaria) reclamados de una o varias de las obligaciones garantizadas tampoco puede aspirar a que se cancele la hipoteca respecto de las restantes obligaciones garantizadas. Para conseguir la cancelación total, está obligado a satisfacer la totalidad del “*importe de la responsabilidad especial*” de la finca, *ex* art. 221 RH.

Tampoco se ve por qué los titulares registrales posteriores han de tener un interés protegible por el ordenamiento a no ver su carga purgada por una mera ejecución parcial de la hipoteca preferente, sino tan sólo en caso de ejecución total. Antes al contrario, si la hipoteca preferente a su derecho es una flotante en garantía de varias obligaciones, ya deberían haber asumido (e interiorizado) que su derecho se purgará si sobreviene la ejecución ante el incumplimiento de todas o algunas de ellas (ya se ejecute en parte o totalmente la hipoteca), del mismo modo que lo hacen los titulares registrales

posteriores a una hipoteca del 154 LH, del 157 LH o que asegura deudas a distintos plazos (art. 693.1 LEC; 127 LH). Por otra parte, el derecho de los titulares registrales posteriores a la intervención en el procedimiento de ejecución a los efectos del avalúo (art. 659.2 LEC), el derecho a subrogarse en los derechos del actor (*“hasta donde alcance el importe satisfecho”*) pagando, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del registro (art. 659.3 LEC) no se ven comprometidos, ni preteridos en la ejecución parcial. Tampoco el derecho al sobrante de la ejecución una vez satisfechos el principal e intereses reclamados y las costas (con el límite de la respectiva cobertura hipotecaria) (art. 692 LEC): el sobrante se entrega a los acreedores posteriores y, una vez satisfechos éstos, al propietario del bien ejecutado (salvo que sea el propio deudor, en cuyo caso, el acreedor ejecutante tendrá derecho preferente al remanente, satisfechos los créditos posteriores, hasta saldar la parte del crédito por el que se ha ejecutado que no haya podido saldar por exceder de la cobertura hipotecaria).

Hasta cierto punto, si no se admitiera la ejecución parcial con subsistencia del gravamen por los créditos garantizados no ejecutados, se produciría un perverso efecto “expropiatorio” a favor de los titulares posteriores y del propio deudor propietario, pues la literalidad del art. 692 LEC otorga al actor derecho preferente al remate, hasta el importe de la deuda reclamada (y de la respectiva cobertura hipotecaria por principal, intereses y costas), pero cualquier remanente, si lo hubiere, debe entregarse a los titulares posteriores (art. 692.1 LEC). Si la ejecución conllevara la purga de la hipoteca flotante, sería esperable un remate mayor y, en consecuencia, un sobrante mayor, que se “*trasvasa*” para la cobertura de los créditos posteriores (hasta el límite de sus respectivas responsabilidades hipotecarias) y, en última instancia al propietario. Los acreedores posteriores y el propio deudor, si es propietario, medran a costa del acreedor preferente, precisamente con ocasión de la utilización del derecho más esencial de la garantía real, cual es el derecho de realización de valor por el impago de una de las deudas garantizadas cuando, instantes antes de la ejecución, la totalidad del bien garantizaba todas y cada una de las obligaciones (hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria). Insustentable conclusión. No se vislumbra en aras de qué interés más digno de protección debe sacrificarse el derecho del acreedor hipotecario preferente al valor íntegro de realización del bien (con el límite, únicamente, de la responsabilidad hipotecaria). Por el contrario, los intereses de todas las partes implicadas se atienden

satisfactoriamente si se permite la ejecución parcial, con subsistencia del gravamen en garantía del resto de los créditos, reduciéndose la responsabilidad hipotecaria en el importe de la deuda reclamada: podrá el acreedor volver a ejecutar el bien, en caso de incumplimiento posterior de las restantes obligaciones garantizadas, si bien viendo reducido su derecho de agresión por la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria; los licitadores en la subasta podrán estimar con toda precisión la carga remanente; el rematante del bien en la subasta asumirá una responsabilidad cierta y conocida de antemano por la carga remanente; los titulares de derechos posteriores, el tercer poseedor o el deudor propietario tendrán derecho al sobrante del precio de remate, que se producirá si efectivamente el rematante estima que el valor económico del bien, una vez deducida la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca remanente y teniendo presente el riesgo de ejecución posterior de la hipoteca, supera el importe de la deuda reclamada, etc.

Por último, admitiendo (como creo que debe hacerse) que el acreedor flotante pueda asignar toda o parte de la responsabilidad hipotecaria a una obligación garantizada al tiempo de su cesión a tercero, que de tal acción resultarían dos cuotas separadas de la misma hipoteca, o dos hipotecas del mismo rango, a favor de cedente y cesionario y que, a partir de ahí, cada uno de ellos podría ejecutar su hipoteca o porción separadamente, sujetándose a las servidumbres del art. 227 RH (sin que en ninguno de esos negocios, o sus efectos indicados, queden sujetos a consentimiento del deudor o de los terceros registrales), no parece razonable que ese mismo resultado final (ejecución parcial) no puede alcanzarse sin el paso intermedio de la cesión a extraño.

Por todo ello, creo posible la ejecución parcial de la flotante con subsistencia del gravamen, incluso en el caso de que exista un único acreedor, aunque no se haya establecido una previsión al efecto en la escritura de hipoteca (y, en consecuencia, oponible frente a cualquiera) que atribuya porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones garantizadas (aunque sea a los únicos efectos de la ejecución) y aunque no se haya atribuido expresamente al acreedor hipotecario el derecho omnímodo a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas en cualquier momento, incluso al mero efecto de preparar la ejecución parcial.

Resulta interesante, en este punto, traer a colación el borrador de lo que luego fue el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria,

financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El Capítulo II de dicho borrador (*“Medidas que pretenden facilitar la refinanciación de las empresas en dificultades”*) incluía una modificación del art. 153 bis LH para, entre otros extremos, incorporar expresamente la ejecución parcial de la flotante:

“En caso de ejecutarse parcialmente la hipoteca para el pago de alguna de las obligaciones garantizadas, si hubiera habido distribución de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, los no ejecutados se considerarán preferentes, y no se cancelarán, subrogándose en ellos, hasta el importe que les fue asignado en la distribución, el adquirente de la finca en subasta. Si no hubiera habido distribución de responsabilidad hipotecaria y para el pago de alguna de las obligaciones fuera necesario enajenar el bien hipotecado, se verificará la venta y se transferirá la finca al rematante con subsistencia de la hipoteca, previa reducción de los máximos por principal, intereses de demora y costas en las cantidades correspondientes al crédito impagado. Las indicadas reducciones se harán constar por nota marginal”.

Este capítulo fue sin embargo eliminado en el texto del RD-L finalmente aprobado. Partía por tanto esta propuesta de modificación de una doble alternativa:

- (a) Troceamiento de la responsabilidad hipotecaria: Si se había pactado la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, se mantendrá la hipoteca en garantía de los no ejecutados (que se considerarán preferentes conforme al art. 227 RH), con la responsabilidad máxima hipotecaria a ellos asignada. La referencia al carácter *“preferente”* de los créditos garantizados no ejecutados (expresión idéntica a la que utiliza el art. 227 RH), la referencia a qué *“no se cancelarán”* (que parecería aludir al registro de la propiedad) y la afirmación de que la subrogación alcanzará *“hasta el importe que les fue asignado en la distribución”* me hacen defender esta interpretación. Y ello aunque el texto se refiera, incorrectamente, a la subrogación del rematante en los créditos no ejecutados *“hasta el importe que les fue asignado en la distribución”*, porque la subrogación del rematante en la deuda preferente es absolutamente extraña en nuestro procedimiento de ejecución (existe subrogación del rematante en la responsabilidad por la deuda, pero no en la deuda) (arts. 668.3^a, 669.2 y 670.5 LEC).

Ha existido una importante polémica en torno a si la subrogación del rematante o adjudicatario en las cargas preferentes es una subrogación en la deuda garantizada por las cargas preferentes o sólo en la responsabilidad derivada de la carga (esto es, el adjudicatario o rematante está obligado a soportar las consecuencias de la ejecución de las cargas preferentes, sin que tenga cualquier derecho de reclamación frente al ejecutante del procedimiento en el seno del cual se adjudicó el bien gravado con esa carga preferente, el tercer poseedor o los titulares registrales que, en su caso, hayan participado sobre cualquier sobrante, el deudor ejecutado –haya tenido derecho a sobrante o no– o los acreedores de cualquiera de ellos para el caso de que no haga uso de la facultad de subrogación en la posición del acreedor preferente ejecutante conforme a lo previsto en el art. 662.3 LEC). Aunque una sentencia del Tribunal Supremo de 1999⁵⁸⁷ sembró la confusión al afirmar la subrogación en la responsabilidad personal del adjudicatario o

587

STS n.º 47/1998, de 30 de enero de 1999, Sr. Menéndez Hernández, RJ 1999/522: “*Tratándose del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el adjudicatario queda subrogado plenamente en el débito personal correspondiente. Se produce, pues, una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la Ley del Procedimiento Ejecutivo. Esta es la opinión dominante según la cual que el mecanismo de la subrogación del licitador o adjudicatario, a quien aluden las reglas del artículo 131 de la Ley, equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor en la obligación garantizada por la hipoteca, y que otra solución no se compadecería con el repetido empleo del verbo «subrogar» que implica sucesión total, ni con el texto literal de aquellas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal, característico de los artículos 131 y siguientes. Hay también una razón de equidad, por entender que sería injusto que se exigiera, andando el tiempo, al primitivo deudor, el pago de todo o parte de la obligación, por no haber satisfecho el postor tal deuda [...] Todos estos razonamientos tienen bastante consistencia para poder afirmar que el criterio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es que, con la subsistencia de las hipotecas anteriores o preferentes que pesan sobre la finca objeto de la ejecución regulada en este precepto, el rematante o adjudicatario se subroga también en el débito personal correspondiente a las mismas*” (F.D. 7.º). El TS en esta sentencia se pronuncia a favor de la sustitución del deudor por el rematante o adjudicatario, es decir, de una novación subjetiva en la condición del deudor de la obligación asegurada por la carga preferente que se produce, con independencia del criterio del respectivo acreedor –e incluso, por tanto, en su perjuicio–, por mandato de la ley, con liberación del deudor original. Algo más matizadamente, se pronuncia la DGRN de su resolución de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9155) que, al menos, no bendice el efecto liberatorio sobre el deudor: “*El artículo 231 del Reglamento Hipotecario no crea una especial hipótesis de subrogación -lo que sólo sería posible por vía de ley- sino que se limita a aclarar que la especial subrogación que, conforme al artículo 118.II de la Ley Hipotecaria, se produce en favor del deudor cuando paga después de vendida la finca, se produce también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a la venta, como son el remate y la adjudicación en pago. En el caso de que se ejecute una finca gravada con hipotecas o cargas preferentes al crédito del actor, se entiende que el rematante o adjudicatario acepta estas cargas y que, frente al deudor o dueño de la finca gravada, asume «la obligación de satisfacerlas» (cfr. artículos 131.8ª, 10ª y 13ª y 133.11 de la Ley Hipotecaria y 1512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asume esta obligación sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. artículos 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1205, 1252 y 1257 del Código Civil)*” (F.D. 3.º).

rematante, lo cierto es que dos sentencias posteriores del alto tribunal han venido a refrendar la tesis que es más coherente con nuestra arquitectura civil y registral: el adjudicatario o rematante asume el riesgo de la ejecución por el acreedor preferente –se subroga en la carga–, pero no la obligación personal por la deuda asegurada por la carga preferente. Se convierte en un interesado en el pago, pero no en un obligado al pago (SSTS de 11 de mayo de 2006, Sr. Ruiz de la Cuesta Cascajares, RJ 2006/4743⁵⁸⁸ y 27 de febrero de 2012, Secc. 1.ª, Sr. Salas Carceller, RJ 2012/5289⁵⁸⁹). También en esta línea, la doctrina reciente⁵⁹⁰. La justificación de esta tesis es contundente:

- La asunción por el rematante o adjudicatario en la ejecución de la carga posterior de responsabilidad personal (universal e ilimitada) respecto a la deuda garantizada por la carga preferente atribuiría una ventaja injustificada al acreedor hipotecario preferente si la responsabilidad personal del adjudicatario o rematante se acumulara a la del deudor. En efecto, no se entiende (ni se consigue explicar) por qué el acreedor preferente ha de verse favorecido (al acumular recurso frente a un tercero –el rematante o

⁵⁸⁸ “[...] el “tercero” adquirente en subasta pública no es el tercero hipotecario a que se refiere el art. 34 LH, sino que es el de buena fe que participa en ella, del art. 114 LH, como traducción del principio de publicidad, y de “no oponibilidad”, del art. 32, por lo que el mismo sólo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que según el indicado art. 114, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los intereses, en principio, de los 2 últimos años, y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años; mandato que es reiterado por el propio art. 146 de la propia ley, según el que, si bien el acreedor hipotecario puede repetir (si no se le han pagado) por los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que debía efectuarse el reintegro del capital, si bien, en cuanto al tercero interesado en dichos bienes (como es el tercer poseedor de los mismos, de buena fe, adjudicatario en subasta judicial, que es a quien puede perjudicar tal repetición), no podrá exceder la garantía de la cantidad que por ella se reclame con arreglo al referido art. 114” (F.D. 6.º).

⁵⁸⁹ “[...] pues efectivamente tales adjudicatarios adquieren los bienes con la carga correspondiente pero no asumen la deuda de forma que, cualquiera que fuera el alcance de la misma, en modo alguno sería aplicable a ellos el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil pues únicamente sería el bien el que respondería con su valor de dicho embargo y no los compradores con su propio patrimonio...” (F.D. 4.º). “[...] la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación, al amparo del precepto, se refiere al deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado por el embargo, pero no implica la asunción forzosa de la misma posición del deudor en la relación obligacional. [...] la responsabilidad en la que se subroga el adjudicatario, según dispone el artículo 670.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consiste en haber de satisfacer la deuda garantizada mediante el embargo si no se quiere ver sometido a ejecución el bien de que se trata, pero –como se ha dicho– en absoluto queda pasivamente legitimado el adjudicatario para haber de soportar una acción de reclamación por la deuda” (F.D. 5.º).

⁵⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 539, 547, 548 y 822.

adjudicatario—, diferente de su deudor o sus garantes) por el hecho de que se ejecute la carga posterior; es necesario que no se vea perjudicado (como exigencia impreterible del principio *prior tempore potior iure*), pero no es coherente que sea favorecido por la ejecución de la carga posterior.

- Si entendiéramos, por el contrario, que la responsabilidad personal (universal e ilimitada) del rematante o adjudicatario respecto de la deuda preferente sustituye o reemplaza a la del deudor (como defendió el Supremo en la sentencia de 1999 citada), entonces se estaría produciendo por la ejecución de la carga posterior una novación subjetiva en la posición pasiva de la deuda preferente no consentida por el acreedor en contra de la regla general de los arts. 1.205 CC ó 118 LH.

Ninguna de estas dos consecuencias se compadece con nuestro ordenamiento, lo que debe conducir a repudiar la tesis de la subrogación (acumulativa o sustitutoria) del rematante o adjudicatario respecto de la deuda garantizada por la carga preferente. Además, el art. 231 RH, al contemplar la subrogación en la hipoteca preferente del tercer poseedor o del deudor de la obligación asegurada por la carga preferente por el pago de la deuda preferente, para dirigirse hipotecariamente frente al adjudicatario o rematante en la ejecución de la carga posterior, supedita la subrogación obviamente a que la carga preferente que se paga no haya sido cancelada (“*sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real*”). Y, por otra parte, enfatiza que la subrogación se produce “*en los derechos del titular de unos [las cargas preferentes] u otros [los gravámenes preferentes]*” lo que obviamente hace alusión al titular registral, reforzando estas indicaciones la tesis de que la subrogación es en la carga y no en la deuda personal.

- (b) En defecto de reparto de la responsabilidad hipotecaria. Si no se había pactado distribución, la hipoteca se mantendrá en garantía de los créditos garantizados no ejecutados, minorándose la responsabilidad hipotecaria en las cantidades correspondientes al crédito impagado.

La Comisión Técnica de Criterios de Calificación (sección Hipoteca) del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España en su informe de 10 de mayo de 2010 se muestra proclive a aceptar la ejecución parcial:

“[...] se estima que al poder ser el objeto de la ejecución una pluralidad de

obligaciones, por no tener efecto novatorio la cuenta en que se instrumentan las obligaciones garantizadas con la hipoteca flotante –art. 153 bis LH–, determinables por su conexión con el acto jurídico básico del que deriva la garantía hipotecaria, se abre la posibilidad de ejecución parcial, es decir, respecto de algunas de esas obligaciones, permaneciendo vigente la hipoteca, en una determinada cuantía, respecto del resto de las obligaciones garantizadas, porque en realidad, la regla en caso de pluralidad de créditos garantizados (artículos 154, 155 y 157 de la LH), es la subsistencia de la hipoteca respecto de las obligaciones no ejecutadas en los términos del artículo 227 del RH, es decir, como hipoteca de igual rango”.

En el mismo sentido, la RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168) admite la posibilidad de ejecución parcial de una hipoteca flotante en caso de que se haya pactado expresamente y se haya determinado cuál ha de ser la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca remanente tras la ejecución:

“Pero tampoco hay indeterminación en los casos de ejecución meramente parcial, ejecución posible en tanto no se opongan a ello los acuerdos de sindicación (incluyendo el consentimiento de los coacreedores), ya que en caso de ejecución de la hipoteca respecto de alguna de las obligaciones lo importante es que quede claramente determinada la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, con arreglo a la regla general en materia de pluralidad de créditos garantizados (regla deducida de las normas establecidas en los artículos 154, 155 y 157 de la Ley Hipotecaria), que no es otra que la de la subsistencia de la hipoteca en relación con las obligaciones que no han ido a la ejecución, subsistencia que se extiende al mantenimiento del rango que le correspondía antes de la ejecución parcial de la misma (cfr. artículo 227 del Reglamento Hipotecario). Y si bien es cierto que tales ejecuciones parciales pueden resultar problemáticas, desde el punto de vista del principio de determinación y sus exigencias de certeza en el tráfico jurídico (empezando por la necesidad de conocer cuál es la responsabilidad hipotecaria en que se subroga el rematante), en los casos en que la suma de las obligaciones garantizadas excede de la total responsabilidad

hipotecaria de las fincas gravadas –como el que es objeto de este recurso–, no es menos cierto que en este caso tal dificultad aparece salvada por el pacto expreso según el cual se acuerda que la cantidad que habrá de sustraerse a la cifra de responsabilidad hipotecaria en caso de ejecución parcial es la cantidad de la deuda por la que se insta la ejecución”⁵⁹¹.

En todo caso, para evitar las dudas que toda esta polémica podría generar, el acreedor flotante estará interesado en pactar en la escritura de constitución de la hipoteca el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas para que, tras su constancia registral y en línea con lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, se pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas. Respecto de hipotecas cambiarias, la DGRN ha admitido la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado de las letras de cambio ulteriores en caso de impago de una o varias anteriores en su vencimiento⁵⁹². Sin necesidad de acudir a la doctrina de la DGRN respecto de otras hipotecas, tanto con el criterio mantenido por la DGRN en la “*doctrina del trienio*”⁵⁹³ sobre el acceso al registro de todas las cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas bancarias (y la flotante del art. 153 bis a) LH lo es), aunque no tengan contenido real, como con la posición actual de la DGRN sobre el segundo

⁵⁹¹ El pacto concreto al respecto incluido en la escritura de hipoteca flotante al que se refiere dicha resolución era el siguiente: “*Las Partes acuerdan expresamente la posibilidad de instarse la ejecución parcial de la Hipoteca Flotante ante el vencimiento de algunas (pero no todas) las Obligaciones Garantizadas con subsistencia de tal Hipoteca tras la ejecución en aseguramiento de las Obligaciones Garantizadas por las que no se haya ejecutado. En caso de ejecución parcial, subsistirá la Hipoteca Flotante tras la ejecución sobre aquellas Fincas que no hayan sido objeto de ejecución en garantía de la(s) restante(s) Obligación u Obligaciones Garantizadas, si bien reduciéndose la responsabilidad hipotecaria de la Hipoteca Flotante en la cantidad de la deuda por la que se inste la ejecución*”.

⁵⁹² RDGRN de 31 de octubre de 1978 (La Ley 91/1978) admite el vencimiento anticipado, si bien exige que se aporten las cambiales de vencimiento posterior en la ejecución. La RDGRN de 26 de octubre de 1973 (RJ 1973/5138) lo rechaza.

⁵⁹³ DGRN de 21 de diciembre de 2007 (La Ley 274391/2007): “*Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 LH ha incluido un párrafo segundo que, respecto de las hipotecas constituidas en favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídica real inmobiliaria -las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH- hubieran sido calificadas favorablemente*”. Ídem, RDGRN de 1 de febrero de 2008, BOE n.º 48 de 25 de febrero de 2008, pp. 11.274 y ss. Defendiendo, aunque criticando, esa misma tesis, MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante”, *op. cit.*, pp. 152-153.

párrafo del art. 12 LH respecto de las hipotecas bancarias, el pacto de vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas por la flotante, ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, tendría acceso al registro. Es evidente que este remedio será, con carácter general, mucho más pesado para el deudor, el tercer poseedor y los titulares registrales posteriores que admitir la ejecución parcial con mantenimiento de la hipoteca, lo cual es un nuevo argumento en favor de la licitud e inscribibilidad del pacto aquí discutido.

Finalmente, entiendo que, efectuado el desglose de la responsabilidad máxima hipotecaria entre las obligaciones garantizadas que habilita la ejecución parcial por determinación unilateral del acreedor, el acreedor podría alterar ese desglose mediante una nueva determinación unilateral pero, ahí ya sí, con respeto a las exigencias del derecho de avance de puesto de los titulares registrales intermedios (los que hayan inscrito su derecho entre el primer desglose de la responsabilidad y la nueva determinación que pretende hacer el acreedor) y del hipotecante (sea o no deudor). Y ello porque, si bien debe admitirse generosamente la facultad del acreedor para efectuar el desglose en tanto la flotante se comporta como tal (es decir, en tanto se mantiene el rasgo natural de la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria de la flotante respecto de las obligaciones garantizadas)⁵⁹⁴, no hay razón para no aplicar con todo su rigor el sistema hipotecario de avance de puesto a una flotante que ha dejado de serlo puesto que se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas. Es decir, si el acreedor flotante no puede modificar la distribución de la responsabilidad hipotecaria efectuada por el hipotecante en el acto de constitución de la hipoteca sin contar con el consentimiento del hipotecante y de los titulares registrales posteriores (que tienen derecho de avance de puesto), ¿por qué va a poder hacerlo sin contar con esos mismos consentimientos una vez que ha destruido la indiferenciabilidad de la garantía con una determinación unilateral anterior? Y esta postura es, en alguna medida, tendencialmente concordante con la que la LH adopta al referirse a la división de la cosa hipotecada en el art. 123 LH: no se distribuye la hipoteca entre las fincas resultantes sino con el consentimiento del acreedor; efectuada la distribución por el acreedor, cualquier modificación de la misma está sujeta a consentimientos de los titulares registrales.

594VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: "Problemas de las hipotecas...", *op. cit.*, p. 221.

1.3.7 La ejecución parcial de una hipoteca flotante sobre una pluralidad de fincas

Una última cuestión, relacionada con todo lo anterior, es la articulación de la ejecución parcial de una flotante que recae sobre varias fincas. Puesto que el acreedor o acreedores hipotecarios (sean o no flotantes) pueden libremente dirigir la acción hipotecaria frente a alguna, algunas o todas las fincas hipotecadas, sucesiva o simultáneamente (con la aplicación del límite de protección que constituye la responsabilidad máxima hipotecaria por la que responda cada una de ellas cuando el ejecutante concorra con otros terceros registrales o el deudor se encuentre en concurso *ex arts. 659.3, 662.3 ó 692.1 LEC*), se podría afirmar que el acreedor ejecutante que reclama frente a alguna de las fincas hipotecadas por deuda de importe superior a la responsabilidad hipotecaria de esa finca ocasiona la extinción de la hipoteca respecto de dicha finca (es decir, que no cabe la ejecución parcial finca a finca), y es que, en palabras de la RDGRN de 20 de julio de 1999 (RJ 1999/4762), *“la hipoteca no genera (vid art. 124 y 156.4 de la L.H.) una afección individualizada de cada una de las fincas hipotecadas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, como un todo, a favor de todas las obligaciones garantizadas en su conjunto, de modo que cualquiera de los acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las fincas hasta donde alcance su respectiva responsabilidad hipotecaria”*. La cita de esta resolución en apoyo de esta tesis es algo forzada, puesto que en la resolución se examinaba una hipoteca del art. 156 LH (que presupone una correlación cierta responsabilidad hipotecaria-deudas garantizadas, en contraste con la indiferenciabilidad propia de la flotante) y no específicamente del art. 153 bis LH.

El argumento que me parece más concluyente, en apoyo de esta postura, es que la total responsabilidad hipotecaria de cualquiera de las fincas hipotecadas sirve (garantiza) a cualquiera de los créditos garantizados, hasta el 100% de su importe por lo que, si la cantidad reclamada por cualquiera de los créditos garantizados supera la responsabilidad hipotecaria, la hipoteca sobre esa finca se purgará en la ejecución. Por supuesto que cabe pacto en contrario, esto es, que incluso en el supuesto de que la cantidad reclamada por el acreedor ejecutante supere la responsabilidad máxima hipotecaria, subsista la hipoteca en garantía de las restantes obligaciones, con una responsabilidad hipotecaria determinada (o determinable) conforme a lo que las partes hayan establecido, con el límite lógico que impone el milagro de los panes y los peces

referido.

Por el contrario, si la cantidad reclamada no excede de la responsabilidad hipotecaria, y se ha repartido la responsabilidad hipotecaria para viabilizar la ejecución parcial, la ejecución no determinará la cancelación de la hipoteca sobre dicha finca, que subsistirá en garantía del resto de las obligaciones garantizadas. Obsérvese que, respecto de la finca ejecutada, la hipoteca subsiste en garantía de las demás obligaciones garantizadas, pero no de aquélla que determina la ejecución, incluso aunque el acreedor hubiera reclamado ejecutivamente menos de lo que se le deba por dicha obligación (salvo que sea de aplicación el supuesto contemplado en el art. 693.1 LEC), en tanto que las restantes fincas hipotecadas no ejecutadas seguirán respondiendo de la totalidad de las restantes obligaciones garantizadas, incluyendo la que determina la ejecución de la otra finca (obviamente, si no se ha conseguido el cobro total de la deuda). Esta será la conclusión, nuevamente salvo que las partes hayan pactado ejecución con purga (esto es, que se purgue la hipoteca incluso aunque la cantidad por la que se ejecuta sea inferior a la responsabilidad hipotecaria de la finca ejecutada)⁵⁹⁵.

1.3.8 La prohibición de la ejecución parcial de una hipoteca flotante

Y expuesto todo lo anterior en apoyo en última instancia de la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante, vale la pena preguntarse si es admisible el supuesto contrario, a saber, si pueden las partes en la escritura de constitución proscribir la ejecución parcial de la flotante, e imponer por tanto la purga de la hipoteca flotante ante la ejecución por el acreedor flotante único o por cualquiera de los acreedores flotantes (incluso aunque el primero o los segundos tengan otros créditos llamados a quedar cubiertos por la garantía que no se encuentren vencidos y que no cabe, en consecuencia, acumular en la ejecución).

Es posible encontrar motivaciones legítimas para que las partes prohíban la ejecución parcial:

- (a) Cuando la solvencia del deudor y, en definitiva, la capacidad de repago de las deudas aseguradas por la flotante esté íntimamente ligada a la explotación de los bienes hipotecados (por ejemplo, cuando el deudor sea una compañía inmobiliaria de corte patrimonialista y la hipoteca recaiga sobre todos o una parte muy relevante de sus bienes), el acreedor o acreedores flotantes pueden

⁵⁹⁵

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas...”, *op. cit.*, p. 234.

razonablemente desconfiar del pago a sus vencimientos de los créditos presentes o futuros asegurados por la hipoteca una vez que, por el impago de alguno de ellos, se desencadene la ejecución parcial de la flotante y el deudor se vea privado de los bienes (y, en consecuencia, de las rentas y frutos de su explotación). Aun cuando la hipoteca remanente siga cubriendo razonablemente los créditos pendientes, pueden los acreedores flotantes preferir, una ejecución plena de la hipoteca (esto es, con purga), siempre que sean capaces de imponer al deudor el vencimiento anticipado de los demás créditos ante el incumplimiento de uno de ellos.

- (b) Incluso el deudor puede, en las circunstancias anteriores, preferir el vencimiento anticipado de todos los créditos por el impago de uno y la ejecución de la hipoteca con purga, en la medida en que estime que, privado de los bienes en una primera ejecución parcial, será incapaz de atender los vencimientos de los restantes créditos asegurados y, en ese trance, prefiera que los bienes se ejecuten como libres, de forma que se maximice su producto para, desiderativamente al menos, tener derecho a algo de remanente.
- (c) Es cuestionable si la proscripción de la ejecución parcial favorece o perjudica al resto de los acreedores flotantes (los que no ejecutan) o al acreedor flotante único en relación con el resto de créditos asegurados (por los que no ejecuta). La purga de la hipoteca les perjudica *prima facie*. Pero en realidad, lo que debería ocurrir es la sustitución de la hipoteca por una garantía real dineraria respecto de una parte del producto de la ejecución (la otra parte, corresponde el ejecutante para la satisfacción del crédito por el que ejecuta), hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, por lo que el efecto real final es apenas la sustitución del tipo de garantía, en ambos casos hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria. Eso sí, con esta mutación de la garantía, los restantes acreedores (o el acreedor único, en relación con los restantes créditos) limita definitivamente su poder de agresión al efectivo, hasta el valor de la responsabilidad hipotecaria (en tanto que, de mantenerse la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria sólo operaría como límite del derecho del acreedor sobre el producto de la ejecución cuando existan en ese momento titulares registrales posteriores o esté el deudor en concurso, *ex art. 692.1 LEC*). Es decir, la proscripción de la ejecución parcial obliga a los restantes acreedores flotantes a “soportar” el riesgo del mayor o menor aprecio de la cosa en el mercado al tiempo de la ejecución intentada por uno de ellos (hoy), mientras

que con la ejecución parcial los restantes acreedores flotantes soportan el riesgo de aprecio al tiempo en que ellos ejecutan la hipoteca (mañana), sin verse obligados a poner a disposición del deudor-propietario el remanente del producto de la ejecución (una vez satisfechos los acreedores posteriores si los hubiere) si aún mantienen créditos asegurados no satisfechos, salvo que el propietario se encontrara entonces en concurso. En resumen, quizá pueda afirmarse que, desde un punto de vista conceptual estricto, la proscripción de la ejecución parcial perjudica más que beneficia a los restantes acreedores flotantes (distintos del acreedor flotante que ejecuta) o al acreedor flotante único en lo que respecta a sus restantes créditos garantizados (distintos del crédito por el que ejecuta). En todo caso, como cada uno de los acreedores flotante puede estar (al menos desde el punto de vista teórico) en la posición de primer ejecutante o de ejecutante posterior, será en definitiva el cálculo individual de cada uno de ellos de la probabilidad de ser primer ejecutante, o ejecutante posterior (lo que, a su vez, dependerá de los plazos de vencimiento de los créditos presentes y/o futuros llamados a quedar cubiertos por la flotante) lo que determine su postura respecto a la proscripción (o la imposición) de la ejecución parcial.

- (d) Y, por último, el deudor no propietario, aunque no tiene derecho a ningún sobrante de la ejecución, también tiene interés en la maximización del valor de realización del bien porque ello aumenta la probabilidad (y la medida) de la liberación de la deuda (al menos, de la deuda por la que se ejecuta). Pero, al mismo tiempo, la ejecución con purga provoca que el acreedor o acreedores queden sobrevenidamente sin garantía hipotecaria. En el caso de que se trate de una hipoteca global, la purga de la hipoteca reduce la disposición del acreedor o acreedores hipotecarios para conceder nuevo crédito futuro en el caso de que la parte del producto de la ejecución sobre la que se proyecta la garantía pignoratícia que sustituye a la hipotecaria no alcance a la responsabilidad hipotecaria inicial; en ese caso, la afección (potencial) hasta el valor de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca se sustituye por una afección (actual o real) sobre un efectivo menor, deteriorándose así la disposición a conceder más crédito.

En definitiva, que puede haber motivaciones (perfectamente legítimas) de las distintas partes a favor o en contra de la proscripción de la ejecución parcial, por lo que

parecería inatacable la convención contractual al efecto⁵⁹⁶.

1.4 Ejecución por el procedimiento extrajudicial

Aunque la regulación de la venta extrajudicial de la cosa hipotecada data de 1915 con el desarrollo reglamentario de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, mucho antes el Tribunal Supremo se había pronunciado a favor de la validez del pacto, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1.872 CC respecto de la prenda (STS de 21 de octubre de 1902⁵⁹⁷). Pero en la primera redacción del RH de 1909, el “*procedimiento ejecutivo extrajudicial*” al que se dedicaba el art. 201, quedaba vedado cuando existieran titulares de derechos inscritos posteriores. La primera regulación propiamente legal se realiza en la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 (y su vigente texto refundido de 8 de febrero de 1946) cuyo art. 129 establecía que “*en la escritura de constitución de la hipoteca podría válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria*” enfatizando que ese procedimiento sería aplicable “*aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario*”. El RH de 14 de febrero de 1947 reguló ese “*procedimiento*” en los artículos 234 a 236, que se mantuvo por cuarenta y cinco años hasta la reforma por el RD 290/1992, de 27 de marzo, que vino a zanjar el tumultuoso debate sobre la constitucionalidad de este procedimiento mantenido entre las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo anteriormente. En efecto, mientras que la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁵⁹⁸ consideró el procedimiento ajustado a la CE, al no existir invasión de competencias jurisdiccionales (al desarrollarse la venta notarial en el marco estricto de los pactos entre las partes), no conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor (que siempre podría acudir al procedimiento judicial declarativo correspondiente para ejercitar las acciones que entendiera adecuadas) y ser una aplicación más del principio sentado en el art. 1.872 CC, la Sala Primera entendió

⁵⁹⁶ En este sentido BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía...”, *op. cit.*, p. 74. También DE REINA TARTIÈRE propone fórmulas de reparto del producto de ejecución entre los acreedores para facilitar la venta de la cosa como libre (DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: “La igualdad de rango hipotecario”, *RCDI* n.º 706, marzo-abril 2008, pp. 650 y 651).

⁵⁹⁷ En el mismo sentido, RDGRN de 12 de julio de 1901 (La Ley 30/1901). Con la aprobación de la ley hipotecaria de 1909, se suscitó alguna duda sobre la validez de la venta extrajudicial, dado que ésta enfatizaba que los pactos inter partes no podrán alterar los trámites de la ejecución judicial de la hipoteca, previsión perfectamente ociosa pues es la consecuencia obvia del carácter no dispositivo y de derecho necesario de las normas procesales. Antes del desarrollo a través del RH, la DGRN enfatizó no debía ser objeción para la validez del convenio de venta notarial “*como se permitía antes de la publicación de dicha Ley, por subsistir las mismas razones [...] para considerar válido y legal el referido pacto*” (RDGRN de 9 de junio de 1910, La Ley 15/1910).

⁵⁹⁸ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de octubre de 1955 (Sr. Goded Miranda) (RJ 1995/7064) y de 23 de octubre de 1955 (Sr. Peces Morate) (RJ 1995/8123).

derogado el art. 129 II LH por la Disposición Derogatoria 3.^a de la CE y, en consecuencia, también los arts. 234 a 236 del RH, por falta de habilitación legal, básicamente con los argumentos contrarios a los de la Sala Tercera: la ejecución privada de garantías reales no encuentra acomodo en la CE que reconoce un monopolio funcional para ello a los juzgados y tribunales, y sin que pueda invocarse tampoco en su apoyo el art. 1.872 CC que no se ubica, sistemáticamente, entre las “*disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca*”⁵⁹⁹. Esta polémica entre las salas del Supremo quedó superada cuando la LEC de 2000 otorgó nueva redacción al art. 129 LH, pues siendo a partir de ese momento una norma post-constitucional, el juicio de constitucionalidad sólo corresponde al TC⁶⁰⁰, que se ha pronunciado sólo *obiter dicta* sobre la constitucionalidad de la venta notarial (STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, RTC 1981/41) habiendo rehuido en varias ocasiones el juicio sobre el fondo⁶⁰¹. Ante la falta de un rechazo expreso del TC, la DGRN ha sancionado su validez⁶⁰².

La cuestión sobre la venta notarial ha ganado súbito interés. Por una parte, por la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (si bien en el ámbito estricto de aplicación de dicho Real Decreto-Ley, que se refiere exclusivamente al procedimiento de ejecución extrajudicial cuando verse sobre la vivienda habitual del deudor, *ex* art. 12 del Real Decreto-Ley) y el mandato de “*simplificación*” otorgado al Gobierno en la Disposición Final Tercera de este mismo. Y por otro, por los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Aziz a los que me refiero posteriormente.

En todo caso, en tanto se produzca un fallo negativo del TC, el procedimiento de venta notarial es de plena aplicación, también respecto de la hipoteca flotante.

⁵⁹⁹ STS n.º 402/1998 de 4 de mayo de 1998 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 1998/3464).

⁶⁰⁰ Merece la pena destacar que los fallos de la Sala Primera del TS posteriores al 2000 referidos “*a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*” (por tanto, a la redacción pre-constitucional del art. 129 LH) han mantenido su inconstitucionalidad: SSTS n.º 991/2005, de 13 de diciembre de 2005 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 2005/10169); n.º 1075/2007 de 10 de octubre de 2007 (Sr. Salas Carceller) (RJ 2007/6486); n.º 703/2008, de 14 de julio de 2008 (Sr. Salas Carceller) (RJ 2008/3364) y n.º 373/2009, de 25 de mayo de 2009 (Sr. Salas Carceller) (RJ 2009/3041).

⁶⁰¹ Por deficiencias procesales en el planteamiento del amparo o la cuestión prejudicial de constitucionalidad, como en la STC n.º 47/2007 de 12 de marzo de 2007, Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, RTC 2007/47 o la STC n.º 224/2006 de 6 de julio de 2006, Sra. Pérez Vera, RTC 2006/224).

⁶⁰² RRDGRN de 28 de mayo de 2001 (La Ley 4483/2001), 24 de marzo de 2003 (La Ley 1682/2003), 13 de febrero de 2004 (La Ley /382652004) y 29 de diciembre de 2005 (La Ley 10467/2006).

Conforme al art. 235 RH, si la obligación u obligaciones por las que se pide la ejecución de la flotante está determinada registralmente (en existencia y cuantía) bien porque se trate de obligaciones presentes al tiempo de constitución de la hipoteca flotante o porque, siendo futuras o resultantes de “*actos jurídicos básicos*” sólo generalmente descritos en la constitución, se ha hecho constar su nacimiento en el registro mediante la nota marginal del art. 143 LH⁶⁰³, entonces no debe ponerse reparo alguno a la ejecución de la flotante a través del procedimiento extrajudicial, incluso aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no vencidas (y que, en consecuencia, no justifiquen la ejecución) no esté(n) aún determinada(s) registralmente. Por el contrario, si no consta esa determinación registral previa, no debería admitirse⁶⁰⁴.

Se ha aceptado, sin dificultad, la validez de la inscripción del pacto por el que las partes aceptan la utilización del procedimiento notarial (el primero de los requisitos exigidos para que sea aplicable, conforme al art. 234.1 RH) incluso en hipotecas de seguridad, en las que, por esencia, no se cumple la exigencia de que la cuantía de la deuda asegurada aparezca “*inicialmente*” determinada (que es lo que refiere el art. 235 RH), entendiendo que esa previsión contractual, inscribible *ab initio* con la escritura de hipoteca, no tendrá aplicación práctica alguna a menos que se haga constar registralmente la cuantía de la deuda mediante la nota marginal a que se refiere el art. 143 LH.

Pese a que este artículo contempla sólo los supuestos de la acreditación tabular del cumplimiento de las condiciones a que está sujeta la obligación garantizada, o el nacimiento de la obligación futura garantizada, la DGRN ha considerado esta norma (y su desarrollo reglamentario en los arts. 238 a 240 RH) aplicable de forma genérica para hacer constar en el registro la existencia o la cuantía de la obligación asegurada en las

⁶⁰³ RRDGRN de 8 y 9 de febrero de 2001 (La Ley 2441/2001 y 2451/2001, respectivamente). La posibilidad de ejecutar extrajudicialmente hipotecas en garantía de obligaciones no determinadas al tiempo de la constitución, pero cuyo nacimiento se hace constar registral mediante la nota marginal del art. 143 LH goza de amplio consenso: LANZAS GALVACHE, Joaquín: “El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria” en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis (coord.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, 1995, p. 840. Específicamente en relación con la hipoteca del art. 153 bis LH, CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante...”, *op. cit.*, pp. 340-341. En contra, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, n.º 19, *op. cit.*, Aptdo. 2 e).

⁶⁰⁴ Aunque se rechaza la ejecución extrajudicial de la hipoteca global antes de la extensión de la nota marginal en CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. I, p. 1.136, se refiere a la flotante pura (es decir, la que asegura obligaciones imperfectamente determinadas a la constitución). Ídem, PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 279.

hipotecas de seguridad (RDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005, RJ 5005/6940 y 2005/6928, respectivamente y 23 de enero de 2012, RJ 2012/3254, entre otras).

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera), en el llamado caso *Aziz*, al que me referí anteriormente, ha tenido también efectos sobre la venta extrajudicial, a pesar de que lo que cuestiona el Tribunal Europeo en esa sentencia es el sistema de ejecución judicial español⁶⁰⁵. Los primeros efectos de dicha sentencia, en el ámbito de la ejecución extrajudicial, no tardaron en producirse: mediante comunicación de 20 de marzo de 2013, el Consejo General del Notariado, invocando la doctrina del Tribunal comunitario y “*en espera de las decisiones de carácter Legislativo (sic) que se adopten para adecuar nuestros sistemas de ejecución de hipoteca a dicho pronunciamiento*” consideró que debía el notario informar a las partes de cualquier procedimiento de venta extrajudicial que no haya concluido con la adjudicación definitiva del contenido y alcance de la sentencia, y suspenderse cualquier procedimiento extrajudicial cuando el ejecutado acredite la admisión a trámite de una demanda en la que se impugne la validez de alguna cláusula del préstamo hipotecario o de una solicitud de medidas cautelares de suspensión del procedimiento de ejecución extrajudicial por dicho motivo.

El Consejo fundamentó esa posición en el idéntico fin que tienen la venta extrajudicial y la ejecución hipotecaria (pese a reconocer que la venta notarial no es un proceso en sentido estricto) y en la análoga limitación de los supuestos de suspensión del procedimiento de venta extrajudicial (arts. 236 (ñ) RH) y los de suspensión de la ejecución hipotecaria (art. 695 LEC), de lo que “*resulta evidente la extensión a este procedimiento de venta extrajudicial de la STJUE de 14 de marzo de 2013*”. En mi opinión, sin embargo, la extrapolación de la sentencia *Aziz* al ámbito del proceso extrajudicial efectuada por el Consejo adolecía de algunas carencias técnicas:

- (a) El notario no ejerce facultades jurisdiccionales (por así impedirlo los arts. 117.3 CE y 16 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862)⁶⁰⁶; no existe paralelismo así entre la venta extrajudicial (que no es más que realización

⁶⁰⁵ Véanse las acertadas reflexiones sobre la naturaleza de la venta extrajudicial en STEFEL MORENO, Antonio: “Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados”, *La Ley* n.º 2007/2013, de 3 de mayo de 2013, pp. 8-15.

⁶⁰⁶ RDGRN de 17 de septiembre de 2012 (en respuesta a consulta elevada por la Junta Directiva del Colegio de Asturias el 28 de febrero de 2012): “[...] *cuando se acude al procedimiento judicial de ejecución de hipoteca [...] el acreedor no hace sino actuar el derecho de tutela judicial efectiva que le concede el artículo 24.1 de la Constitución [...]. Por el contrario cuando se acude al procedimiento de venta extrajudicial de finca hipotecada, las finalidades son mucho más modestas...*”.

paccionada de previsiones de las partes para el supuesto de incumplimiento) y el proceso de ejecución hipotecaria (en el que, como proceso jurisdiccional, existe apremio y coacción sobre el patrimonio del ejecutado⁶⁰⁷). En la venta notarial no hay función de cognición alguna, sino que la actuación del notario está radicalmente encorsetada por la norma legal y por el pacto de las partes (el notario actúa “*dirigido*” por las instrucciones de las partes si bien, es cierto, impartidas durante la fase de formación del contrato y no en la fase patológica del incumplimiento: la realización de la garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada es una forma “*accidental*” de cumplimiento del contrato, pero una forma de cumplimiento en última instancia, que se realiza estrictamente de conformidad con las indicaciones de las partes). Sólo el examen de su propia competencia para la instrucción del proceso de venta se realiza de oficio (sin que la elección del notario pueda quedar al arbitrio de una de las partes para conjurar el riesgo de postulación⁶⁰⁸). El propio derecho a la venta ante notario escapa al control de éste dado que aquél deberá estar inscrito, incluso cuando haya habido cesiones de la financiación hipotecaria (a diferencia de la ejecución judicial; *cfr.* art. 149 LH *in fine*). La necesidad de inscripción impide que los acreedores del acreedor hipotecario puedan enajenar extrajudicialmente los bienes hipotecados (art. 1.111 CC), si bien sí estaría facultado para ello el acreedor subhipotecario cuando en la escritura de constitución de la subhipoteca se haya previsto tal posibilidad *ex arts.* 107.4 LH y 234.1 RH. Por eso, si durante la realización de la venta, se formulase oposición por el ejecutado, ésta se atenderá y ventilará en el correspondiente proceso declarativo con arreglo al art. 236 (o) RH (por remisión al art. 132 LH, que hoy debe entenderse hecha al art. 698 LEC)⁶⁰⁹. Cuestión

⁶⁰⁷ En contra, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “La protección de los deudores hipotecarios: aspectos sustantivos y de la denominada venta extrajudicial”, *Actualidad Civil*, n.º 7-8, julio-agosto 2013, pp. 941-942.

⁶⁰⁸ RDGRN de 1 de septiembre de 2011 (en respuesta a consulta elevada por la Junta Directiva del Colegio de Andalucía): “[...] *hay que cortar toda conexión entre el ejecutante y el notario, que nunca pueda decir el ejecutado que el notario no es imparcial porque ha sido elegido por el acreedor*”.

⁶⁰⁹ La ausencia de contradicción se produce incluso en el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial sobre bienes hipotecados, como se enfatiza en la citada STC n.º 41/1981 de 18 de diciembre de 1981, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, RTC 1981/41: “[...] *el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución*. [...] [L]o expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario”. En el mismo sentido, la STC n.º 8/1991 de 17 de enero de 1991 (Sr. Tomás y Valiente) (RTC 1991/8) afirma que el procedimiento de ejecución directo sobre los bienes hipotecados “se

distinta es el hecho de que esa oposición no tenga eficacia suspensiva de la ejecución sustanciada ante el notario, salvo en el caso del art. 236 (ñ) RH (falsedad del título o cancelación registral de la hipoteca). También esto superó satisfactoriamente el juicio de constitucionalidad en la aludida STC de 1981 (“[...] *en rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más*”). Resulta a estos efectos relevante señalar que el art. 236 RH vigente al tiempo de la STC n.º 41/1981 incluía, junto a las dos mencionadas causas de suspensión, cuando “*con anterioridad a la subasta se anotare preventivamente la oposición al mismo formulada en juicio declarativo*”. Tampoco se atribuyen al notario funciones ejecutivas. No hay rastro alguno de apremio al deudor ni en el art. 129 LH ni en los arts. 234 a 236 RH (que regulan exhaustivamente la venta extrajudicial sin prever un sólo acto coactivo sobre el patrimonio del deudor)⁶¹⁰. De hecho, para evitar que exista cualquier tipo de imposición forzosa en la venta extrajudicial, el art. 234.1.3 RH exige que en el título conste “[l]a persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto podrá designarse al propio acreedor”. La STS n.º 402/1998 de 4 de mayo de 1998 (Sr. Almagro Nosete) (RJ 1998/3464) afirmó que no es disparatado entender que la ejecución sustanciada “*ante*” el notario (que no “*por*” el notario) no debe subsumirse en los supuestos de ejecución forzosa.

- (b) Precisamente porque la venta extrajudicial no se extiende más allá de los confines del ejercicio privativo de derechos y no implica ejercicio jurisdiccional alguno, debe recurrirse al amparo judicial (en la forma del juicio verbal sumario del art.

caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización de valor”.

⁶¹⁰ Ídem, SAP Sevilla de 18 de diciembre de 2000, Secc. 5.ª (Sr. Sanz Talayero) (La Ley 315/2001): “Los actos que comportan el ejercicio de coerción física o jurídica son el embargo, la adjudicación del bien y la puesta en posesión del adquirente del bien [...]. En la subasta no hay actos de coerción [...] la adjudicación no la realiza el Notario, sino que se lleva a cabo mediante el otorgamiento de escritura pública [...] en la escritura de constitución de la hipoteca se hará constar la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, pudiendo designar al propio acreedor. Así pues, el Notario realiza únicamente funciones de fedatario público, pues la escritura de venta se otorgará, en su caso, contando siempre con la participación jurídica del hipotecante”.

250.1.4º LEC) para el desalojo de los ocupantes de la cosa vendida. Y ello porque el art. 520.1 LEC impide que se despache ejecución de obligaciones no dinerarias cuando el título aportado no sea judicial ni arbitral⁶¹¹.

- (c) Pero el elemento más determinante, en mi opinión, para no poder hacer, correctamente, una extrapolación de la sentencia Aziz a la venta notarial es que frente a ésta no puede invocarse la tacha de la “*irreversibilidad*” de la enajenación no obstante la cuestión sobre el carácter abusivo de una cláusula conforme a la normativa comunitaria de contratos con los consumidores. En efecto, a diferencia del art. 131 LH, el art. 236 (l).3 RH *in fine* establece que en la purga de cargas posteriores “[s]e exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca”.

Una muestra más, en fin, de la falta de algún rigor de la referida comunicación del Consejo General del Notariado es también que la “*recomendación*” de suspensión se circunscribía a la venta extrajudicial de bienes inmuebles, sin extenderse a otros procedimientos en los que también se da la participación del notario en la realización de un bien conforme a las instrucciones de las partes de un contrato, como la ejecución notarial de la prenda *ex art.* 1.872 CC o la enajenación de las acciones del socio moroso *ex art.* 84.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y en los que también podrían estar en juego intereses de consumidores (aunque no, obviamente, su vivienda).

El Consejo General del Notariado se extralimitó, a mi juicio, en su comunicación, puesto que en la venta extrajudicial no existía el peligro de la “*irreversibilidad*” de la enajenación de la cosa hipotecada que es el punto clave en el que el Tribunal de Justicia europeo asienta su fallo. Pero la sentencia europea ha acabado teniendo “*efecto colateral*” en la venta notarial. En efecto, mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se ha modificado, entre otros, el artículo 129 LH para incluir, tanto la posibilidad de que el notario ponga en conocimiento del deudor, el acreedor y, en su caso, el avalista o hipotecante no deudor la circunstancia de que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituyen el fundamento de la ejecución o que hubiera determinado la cantidad reclamada tuviera, en opinión del notario, carácter

⁶¹¹ Sobre la imposibilidad de despachar la ejecución de obligaciones no dinerarias con base en escrituras públicas, *vid.* ORTELLS RAMOS, Manuel: *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2005 (1ª ed.) pp. 59 y ss.

abusivo, como la suspensión de la venta notarial cuando alguna de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente (conforme a lo establecido en el art. 684 LEC), el carácter abusivo (sin exigirse para la suspensión siquiera la admisión a trámite de la demanda), reanudándose la venta notarial cuando el juez concluya, conforme a lo previsto en el art. 695 LEC (también reformado en la Ley 1/2013), que no concurre tal carácter abusivo (art. 129.2 f) LH).

En la reforma del procedimiento de venta extrajudicial operada mediante la Ley 1/2013, se ha incorporado al art. 129 LH lo que, sustancialmente, era la regulación de los arts. 234 y ss. RH. Se aprecian, sin embargo, dos diferencias fundamentales:

- (a) el procedimiento extrajudicial queda ahora confinado a *“la falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada”*, sin que sea accionable en cualquier otro supuesto de incumplimiento;
- (b) se apuntala la base registral del procedimiento al enfatizar que los intereses ordinarios y de demora han de ser liquidados conforme a lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el art. 114 LH, o exigiendo la presentación de documento acreditativo de los reembolsos de principal efectuados y sus fechas, así como el documento fehaciente acreditativo de que la liquidación se ha efectuado en la forma pactada en la escritura de constitución de hipoteca (documento fehaciente que se exige igualmente para la liquidación de los intereses variables).

1.5 El título ejecutivo y la facultad del acreedor flotante de liquidar la deuda

La hipoteca flotante del art. 153 bis LH es, por vocación, una hipoteca de máximo. Y ello porque, salvo el caso de que se constituya para asegurar una única obligación presente y de cuantía determinada, garantizará el cumplimiento de una o más obligaciones que está(n) indeterminada(s), total o parcialmente, ya sea en su existencia, en su cuantía o en la persona del acreedor (RDGRN de 21 de marzo de 1917 –CL 134– o 5 de marzo de 1929 –CL 29– o, entre las más recientes, la de 23 de enero de 2012 –RJ 2012/3254–). Esta indeterminación impone la exigencia del establecimiento de una cantidad máxima (que es lo que les da nombre) que marca el límite en que pueden perjudicar a terceros con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca. Tal característica esencial determina que no coincidan (al menos inicialmente) el título inscrito y el título de la deuda, incluso aunque merezca la consideración de ejecutivo, al faltar el requisito de la determinación de la obligación cuya ejecución se pretende.

Ante esto, y en ausencia de una aceptación o reconocimiento de la deuda por parte del deudor, el acreedor se vería obligado a seguir un procedimiento ordinario encaminado a una declaración judicial sobre la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible, en el que el deudor contaría con todos los medios de oposición previstos en la legislación procesal. Sólo con la sentencia que declarara su derecho, podría el acreedor dirigirse contra el bien hipotecado. Siendo obvio que la necesidad de acudir a un procedimiento ordinario es un desincentivo para la expansión y agilidad del crédito hipotecario, el legislador fue poco a poco introduciendo mecanismos encaminados a reconocer un título ejecutivo al acreedor hipotecario de máximo sin obligarle a pasar por un procedimiento ordinario previo y ello sin merma de las garantías jurisdiccionales del deudor. Así surgió la regulación sobre las hipotecas en garantía de créditos en cuenta corriente, en garantía de operaciones cambiarias o crediticias a favor de entidades financieras y, en general, de operaciones documentadas en escrituras o pólizas intervenidas cuando las partes hayan expresamente pactado que la cantidad exigible será la determinada por la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes. Todos esos resortes legales parten, por supuesto, de la premisa de que el acreedor no cuenta con el consentimiento o aceptación del deudor sobre la cuantía líquida debida: si el acreedor y el deudor han convenido la cantidad debida, no es preciso acudir a ningún procedimiento especial para integrar el título, bastándole al acreedor acreditarlo oportunamente en el juzgado (o incluso, sin tal acreditación, cuando el deudor no la cuestione o contradiga).

Para el caso de que el acreedor flotante no cuente con la colaboración del deudor, tres son los resortes legales con los que cuenta:

Promover un procedimiento declarativo en el que se sancione la deuda (disponiendo el deudor, obviamente, de todas las excepciones y causas de oposición recogidas en la normativa procesal y sustantiva).

La segunda alternativa sería promover una ejecución ordinaria, sobre la base del título o títulos en los que se haya plasmado cada una de las obligaciones que, incumplidas, generan y justifican la reclamación, siempre que sean algunos a los que la ley apareja ejecución en el art. 517.2 LEC (como las primeras copias de escrituras públicas —o las segundas o ulteriores copias con efecto ejecutivo—, las pólizas de contratos mercantiles intervenidas por notario, los títulos-valores al portador o nominativos que documenten deuda vencida). Para el caso de que la cantidad líquida

por la que se procede no resulte de los propios títulos, podrá el ejecutante liquidarla unilateralmente siempre que se haya reservado esta facultad en cada uno de los títulos en los que constan las obligaciones por las que se procede, si éstas se hubieran formalizado en escrituras públicas o pólizas intervenidas por notario (art. 572.2 LEC), despachándose la ejecución previa acreditación por parte del ejecutante de la notificación de la cantidad líquida al ejecutado. En este caso, el art. 573 LEC impone que deban acompañarse con la demanda, además de los títulos y de los restantes documentos del art. 550 LEC, (a) la certificación de la cantidad líquida efectuada por el deudor (que resulta, a su vez, del sumatorio de las certificaciones de las cantidades líquidas de cada una de las obligaciones por las que se procede, también elaboradas por el acreedor), con el extracto de las partidas de cargo y abono, y la liquidación separada de los intereses integrados en la cantidad total por la que se pide el despacho de la ejecución (y, si el ejecutante lo considera oportuno, el justificante individualizado de las distintas partidas), (b) el documento fehaciente acreditativo que la liquidación de las cantidades debidas por cada una de las obligaciones se ha efectuado de conformidad con lo previsto en los respectivos títulos, (c) la acreditación de la comunicación al deudor (y al fiador, si lo hubiere, o al propietario en caso de que no coincida con el deudor). Siendo debidos intereses variables, deberán determinarse por el acreedor, siendo de aplicación estos mismos requisitos (art. 574 LEC).

Y la tercera sería acudir al procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados, conforme a lo previsto en los arts. 681 y ss. LEC. Como puede apreciarse del art. 682 LEC, el acceso a este procedimiento no está circunscrito o limitado a las hipotecas ordinarias o de tráfico, ni se asienta única y exclusivamente en la constancia que de la obligación u obligaciones por las que se proceda exista en el registro. Antes al contrario, ninguno de los requisitos de “*acceso*” al ejecutivo hipotecario se refieren a la obligación asegurada, sino a la hipoteca (a saber, la determinación en la escritura de hipoteca del valor de tasación y del domicilio para notificaciones del deudor o del hipotecante no deudor).

El deudor debe acompañar a la demanda el título o títulos ejecutivos de los que resulten las obligaciones objetivamente incluidas en la hipoteca así como, en su caso, la liquidación de la deuda (nuevamente efectuada conforme a lo indicado en los arts. 550, 573 y 574 LEC). El hecho de que el nacimiento o la cuantía de la obligación u obligaciones por las que se procede contra el bien no consten registralmente no es óbice

para la ejecución puesto que el art. 685.2 LEC permite que, no pudiendo presentar el ejecutante el título de crédito inscrito, pueda aportar certificación del registro acreditativo de la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Como se enfatizó en el apartado 1.2.4 de este Capítulo, si el nacimiento de las obligaciones por las que se procede se ha hecho constar en título ejecutivo en el que las partes han afirmado que la obligación se integra en la hipoteca (o, dicho de otra forma, satisface la integración en la cláusula de globalización), quedará vedada la posterior invocación de oposición fundada en el carácter no hipotecario de la obligación (al menos respecto de los ejecutados que hayan hecho tal manifestación). El ejecutado que no haya efectuado dicha afirmación (por ejemplo, el adquirente posterior de la cosa hipotecada) mantendrá el derecho a discutir la integración, si considera que no satisface los moldes de la cláusula de globalización (pero sin efectos suspensivos sobre la ejecución).

1. Cancelación

Cabe la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor (y quienes ostenten derechos inscritos sobre los créditos hipotecarios –subhipoteca, anotación preventiva, etc.–) o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación conforme al art. 82 LH de la extinción de todas las obligaciones garantizadas. En el caso de las obligaciones futuras derivadas exclusivamente de negocios jurídicos aún no concluidos entre el deudor y el acreedor (hipoteca global), entiendo que debería aceptarse la renuncia irrevocable a la concertación de tales negocios (exclusión de la voluntad contractual) por cualquiera de las partes (documentada de alguna de las maneras contempladas en el artículo 82 LH) conste o no de forma expresa el derecho de desistimiento del deudor, incluso a través del procedimiento judicial al que se refiere el tercer párrafo del art. 82 LH. Algunas opiniones doctrinales, por el contrario, ponen en duda la posibilidad de utilizar este procedimiento judicial para cancelar una hipoteca global antes del vencimiento del plazo indicado en la escritura, cuando no existen obligaciones llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca y sin la cooperación del acreedor si no se ha reservado al deudor la facultad de desistimiento “pro futuro”, y ello porque el art. 82 III LH permite obtener en juicio la cancelación de la hipoteca cuando proceda la cancelación y el acreedor se niegue, siendo dudoso, se alega, que proceda la cancelación si se ha pactado un plazo y aún está pendiente⁶¹².

Si se hubiera puesto fin a la situación de indiferenciabilidad, mediante la asignación de porciones de la responsabilidad máxima hipotecaria a cada una de las obligaciones (o tipos de obligación), la condonación o cualquier otro acto o negocio que extinga la deuda comportará la extinción parcial de la hipoteca, en la parte de la responsabilidad hipotecaria que se le haya atribuido (cada porción de la hipoteca se comporta, a todos los efectos, como una hipoteca separada). Por el contrario, en presencia de la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante, la extinción de alguna de las deudas garantizadas existentes parecería impedir la cancelación parcial. Al igual que argumentaba antes, no existiendo ninguna relación de proporcionalidad entre las obligaciones garantizadas y la responsabilidad máxima asegurada, resulta imposible

⁶¹² PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007...”, *op. cit.*, p. 278.

aplicar analógicamente las fórmulas de cancelación parcial previstas, por ejemplo, en el art. 156 LH respecto de las emisiones de títulos endosables o al portador.

Naturalmente, también puede procederse a la cancelación de la hipoteca flotante por mutuo disenso de acreedor y deudor. En el contexto de una hipoteca global, llamada a cubrir crédito futuro de la especie o características indicadas en la cláusula de globalización de la hipoteca que pueda surgir dentro del plazo allí indicado, el mutuo disenso supone la renuncia recíproca al mantenimiento de la hipoteca en garantía de dicho crédito futuro. El disenso recíproco sobre la concesión (y correlativa) asunción de tal crédito futuro llamado a quedar amparado por la garantía solamente conllevará la cancelación de la hipoteca flotante en la medida en que no existan aún riesgos pendientes de cumplimiento objetivamente cubiertos por la garantía (obviamente, salvo que conste la aceptación expresa del acreedor hipotecario para la cancelación de la hipoteca no obstante la existencia de dichas obligaciones aún pendientes).

Cabe en cualquier momento la cancelación parcial con consentimiento del acreedor (o acreedores) del crédito extinguido. En caso de pluralidad de acreedores parciarios sobre el (único) crédito garantizado por la flotante, ninguno de los acreedores parciarios podría cancelar la hipoteca en su totalidad en perjuicio de los demás (arts. 1.860 CC; 122 y 125 LH), pero sí podría cancelar la hipoteca por la porción de la misma que le correspondiera. Si el crédito garantizado es solidario, cualquiera de los acreedores podrá cancelar la hipoteca. Y si es en mano común, todos los co-titulares de la hipoteca deberán concurrir para la cancelación (art. 1.139 CC).

Si los créditos asegurados por la flotante pertenecen a distintos acreedores, se deberá atender a la convención establecida entre los co-titulares de la hipoteca. Se requerirá el consentimiento de todos los co-titulares tanto si la hipoteca es en mano común, como si, en presencia de la indiferenciabilidad propia de esta garantía, no se han asignado cuotas en la comunidad romana (pues se trataría de actos de disposición del derecho de cada uno, conforme a los arts. 394 y 399 CC).

También aquí creo perfectamente admisible la convención incluida en la escritura de hipoteca por la que el acreedor acepte la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el art. 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.

2. Cancelación *versus* reutilización de la hipoteca flotante a favor de un nuevo acreedor a instancias del deudor

Se ha suscitado un interesante debate sobre la conveniencia de reservar a favor del deudor la facultad de “reutilizar” la hipoteca global para el caso de que se hayan extinguido todas las obligaciones garantizadas surgidas, pero el acreedor flotante no se muestre dispuesto a conceder nuevo crédito futuro, de forma que se evite la cancelación y nueva constitución de la garantía a favor de un nuevo acreedor global. Se apela, para defender esta posibilidad, a la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, a la antieconómica asunción de costes de cancelación y constitución de una nueva garantía (que no aprovechan al deudor, ni al acreedor flotante, ni a los demás acreedores inscritos o no inscritos) y a la inexistencia de un derecho o interés jurídicamente protegible en los acreedores personales a la necesaria cancelación de la garantía real si bien, anticipando algunas de las objeciones planteables a esta postura, se apunta la necesidad de articular el plazo máximo en que se podría prolongar esta situación de “hipoteca de propietario” transitoria⁶¹³.

La tesis encuentra *de lege lata* importantes objeciones. En nuestra hipoteca recargable, no se recoge la posibilidad (admitida en el Derecho francés) de que la hipoteca se pueda recargar a favor del acreedor original, o de un tercero, una vez que el crédito inicialmente asegurado se haya amortizado o extinguido (permaneciendo la hipoteca “dormida” en ese ínterin). Por otra parte, los acreedores inscritos o anotados posteriores tienen, en esa hipótesis, derecho de avance de puesto. Aunque es cierto que los acreedores personales no podrían objetar a la cancelación e inmediata constitución de una nueva hipoteca flotante por el propietario (y sólo la podrían atacar a posteriori a través de acciones rescisorias), el mantenimiento de una carga aparente substraen *de facto* en gran medida el bien hipotecado de la responsabilidad por deudas (hace más improbable que los acreedores dirijan su acción precisamente hacia esos bienes pues parece que ya están gravados, e incluso si traban embargo sobre ellos, el valor de realización podría resentirse a consecuencia de la existencia de la hipoteca).

Existen, por otra parte, algunos argumentos a favor de la reutilización de la hipoteca flotante o global, a requerimiento o a impulso del deudor. La doctrina alemana refiere que es frecuente también en Alemania que, cuando se va producir la unificación de hipoteca y propiedad en una mano que determina la aparición de la figura de la

⁶¹³MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante”, *op. cit.*, pp. 444-446.

“hipoteca de propietario”, el propietario no espera esta circunstancia sino que se anticipa a ella buscando un nuevo acreedor que sustituya al acreedor hipotecario cuya pretensión va a ser satisfecha o se va a extinguir, para que se transmita la hipoteca a éste nuevo inmediatamente, sin que surja así la situación intermedia de la “hipoteca de propietario”⁶¹⁴.

Con la colaboración del acreedor original, se podría acudir a la cesión de los créditos y de la garantía. En la hipótesis que se maneja en estas concretas páginas, no hay créditos presentes cubiertos por la hipoteca sino que todos son futuros. Esto no debe suponer dificultad, si el crédito futuro llamado a quedar cubierto es simplemente futuro. La cesión irá acompañada de contraprestación (el cesionario debe satisfacer el riesgo consumado por el cedente o sustituirle en él con el consentimiento del deudor –como acreedor de la prestación futura a cargo del cedente–). El problema se plantea si no existen créditos presentes, ni simplemente futuros. En ese caso, la cesión de la hipoteca sólo podría producirse con la cesión de todos los créditos futuros llamados a quedar cubiertos (y de la “relación jurídica global” en el seno de la cual se constituyó la hipoteca, caso de que exista). Es dudoso que el cedente pueda exigir contraprestación a la cesión en ese supuesto (más allá del reembolso de gastos, obviamente), pues no debe el cesionario compensarle o resarcirle riesgo comprometido o prestaciones efectuadas por el cedente pendientes –que no existen–, y es discutible que haga sacrificio patrimonial alguno (en la medida en que, si no prestara su colaboración a la cesión, el deudor le exigiría la cancelación de la hipoteca, naturalmente sin compensación, para poder constituirla a favor del nuevo acreedor). La cesión de la titularidad de la hipoteca redundaría en última instancia a beneficio del deudor, que se ahorra el coste de cancelación y constitución de una nueva flotante. Pero el acreedor no puede pretender apropiarse de una parte de ese coste que el deudor se ahorra. De alguna forma, la cesión de la garantía real al nuevo acreedor indicado por el deudor en este caso cumple la misma finalidad que la cancelación de la hipoteca que pudiera demandarle el deudor: el acreedor tiene derecho a ser compensado de los gastos, pero no puede lícitamente exigir precio por un acto (la cesión de la hipoteca, cuando no hay crédito presente, ni riesgo de que exista crédito futuro) que tiene la misma significación que otro debido (la cancelación de la hipoteca, porque no hay crédito presente, ni riesgo de que exista crédito futuro). Si se exigiera, tal contraprestación pudiera considerarse un

⁶¹⁴

HEDEMANN, Justus Wilhelm: *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin: W. de Gruyter, 1960 (3.ª ed.), p. 328.

enriquecimiento sin causa, a costa, en última instancia, del deudor, pues es previsible que tal coste fuera repercutido al deudor por el cesionario con ocasión de la concesión de un nuevo crédito o incluso que el cesionario no conviniera en la cesión si no fuera porque el deudor aceptara dicha repercusión de coste. Para el caso de que el deudor tenga condición de consumidor, se podría cuestionar dicha conducta del cedente (con obvias dificultades procesales) con base en la general interdicción de la abusividad del art. 82.1 de la LGDCU (*“prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*) o de las específicas de los arts. 86 (*“cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”*), 87.5 (*“cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”*) o 62.3 (resolución del contrato *“sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas tales como [...] el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente [...] o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”*), de ese cuerpo legal.

En todo caso, siempre que haya al menos algún crédito presente o simplemente futuro, los acreedores inscritos o anotados posteriores no tendrían derecho de avance de puesto, el deudor evitaría los costes de cancelación y constitución, el cesionario se aprovecharía del rango de la hipoteca flotante inscrita y los acreedores personales continuarían “soportando” la afección real que constituye la hipoteca. La variación de la condición subjetiva del nuevo acreedor flotante debería ser irrelevante para todos los demás acreedores (inscritos o anotados o no). En caso de que no haya crédito presente o simplemente futuro que ceder, esos efectos sólo podrían lograrse admitiendo la cesión autónoma del derecho real, apelando para ello al reconocimiento en nuestro derecho de los negocios sobre el rango hipotecario (o, de forma más lejana, a las recomendaciones del grupo de trabajo sobre la Eurohipoteca o del Subcomité de Garantías del *Forum Group on Mortgage Credit* de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea a que referí en el Capítulo I), o a la consecuencia de la accesoriedad de la hipoteca flotante o global que se produce también cuando se ceden créditos puramente futuros o la “*relación jurídica global*” subyacente a la constitución de la hipoteca (como expuse en el Capítulo VI).

En el caso de que no se cuente con la colaboración del acreedor flotante, podrá el deudor impulsar la sustitución del acreedor mediante la subrogación del nuevo acreedor, bien a través del mecanismo genérico del art. 1.211 CC o, en su caso, del específico de la Ley 2/1994. Puesto que en estos casos la subrogación opera a instancias del deudor (arts. 1.203.3.º, 1.209 ó 1.211 CC; art. 2 Ley 2/1994), cualquier contraprestación que tuviera que satisfacer el *solvens* a favor del *accipiens* sería legalmente a costa del deudor. Nuevamente, es discutible la posibilidad de utilizar estos mecanismos de subrogación legal (cuya premisa es la subrogación en un crédito hipotecario, que es lo que justifica la extensión al *solvens* de la hipoteca) cuando no existan créditos presentes ni simplemente futuros (como relaté en el Capítulo VII).

Dada la evidente ventaja de la utilización del expediente de la Ley 2/1994 para dicha subrogación, no sólo en términos operativos sino, especialmente, en términos arancelarios y fiscales (habida cuenta de las exenciones fiscales y las bonificaciones arancelarias establecidas en los arts. 7 y 8 de la Ley 2/1994), vale la pena analizar las posibles objeciones a la utilización de dicho expediente:

- (a) En la flotante bancaria, la condición subjetiva del acreedor original y del nuevo resultará aproblemática, ya que tanto el art. 153 bis LH como la Ley 2/1994 (art. 1) se reservan a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 LRMH. Sería imposible utilizar el expediente de la Ley 2/1994 en caso de que el acreedor flotante original sea la SAREB, puesto que se han extendido los beneficios fiscales del art. 9 de la Ley 2/1994 a las novaciones de préstamos hipotecarios efectuadas por la SAREB y el deudor (Disposición Adicional 20.ª de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito introducida en la Disposición Final 2.ª de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas financieras y tributarias), pero no lo establecido en la Ley 2/1994 respecto a la subrogación⁶¹⁵. Y tampoco en el caso

⁶¹⁵ La consulta vinculante de la Dirección General de Tributos n.º V-3380-13 de 14 de noviembre de 2013 hace una cuestionable interpretación extensiva de la exención prevista en el art. 7 de la Ley 2/1994 en relación con las operaciones de subrogación en préstamos titularidad de la SAREB por parte de entidades de crédito, pese a reconocer que los artículos 1 y 2 restringen el ámbito de las operaciones de subrogación previstas en la Ley 2/1994 a los préstamos en los que concurre tanto en el *solvens* como en el *accipiens* la condición de entidades financieras de las relacionadas en el art. 2 LRMH: “[...] el artículo 1 [de la Ley 2/1994] restringe la aplicación de la Ley 2/1994 a las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario a efectos de poder ser subrogadas como acreedoras en préstamos hipotecarios, que hubiesen sido concedidos por otras entidades análogas por lo que, si la SAREB ha recibido de

de que la flotante esté constituida a favor de las administraciones públicas.

- (b) Y respecto de la naturaleza de los créditos objeto de la subrogación, debe recordarse que se sigue manteniendo debate en torno a la posibilidad de utilización de la subrogación de la Ley 2/1994 respecto de los “créditos” (a diferencia de los “préstamos”, que constituyen netamente su ámbito de aplicación) y, aún mayor incertidumbre respecto de la posibilidad de utilizar ese expediente en relación con otros negocios jurídicos del tráfico bancario distintos del préstamo o el crédito (descuento, avales, factoring, etc.). Por tanto, cuando la hipoteca flotante abarca obligaciones presentes a título distinto del préstamo o una obligación simplemente futura de naturaleza distinta de la del préstamo, es dudoso que puedan valerse deudor y nuevo acreedor del ágil (y barato) expediente de subrogación de la Ley 2/1994 y tendrán que acudir al general del art. 1.211 CC (y ello a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 hace una enfática declaración de que uno de sus objetivos “*es alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*” –Aptdo. V–). Igualmente, si existe alguna o algunas obligaciones presentes o simplemente futuras a título de préstamo, creo que podría acudirse al mecanismo de la Ley 2/1994 incluso aunque haya otras obligaciones garantizadas presentes o futuras (tanto simplemente futuras, como puramente futuras) de naturaleza diferente de la del préstamo, dada la imperatividad del art. 2 de la Ley 2/1994 (“*Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos*”).

Por tanto, en el ámbito dogmático, desde el momento en el que hubieran sido satisfechos o se hubieran extinguido todos los créditos garantizados por una hipoteca flotante o global y hubiera habido una manifestación terminante del acreedor (o del deudor) de no conceder nuevo crédito (o tomar nuevo crédito) llamado a quedar cubierto por la hipoteca, se habría producido la extinción de la garantía (por exigencia de su accesoriedad) y deberían las partes (en interés recíproco e incluso en interés de los

entidades de las antes citadas, préstamos concedidos por entidades de las previstas en dicha normativa y posteriormente subroga como acreedoras a otras entidades, asimismo, de las mencionadas en el artículo 1 de la Ley 2/1994 [...] dicha operación de subrogación estará exenta”. Es decir, la DGT se afianza sobre la condición de entidad financiera del acreedor inicial del préstamo y de la entidad que pretende la subrogación, olvidándose de que el acreedor al tiempo de la subrogación (el *accipiens*), esto es SAREB, no cumple ese requisito.

restantes acreedores del deudor, inscritos o no inscritos) proceder a la cancelación registral de la hipoteca que aseguraría nuevamente la concordancia de las realidades registral y extrarregistral. Puesto que esa extinción y necesaria cancelación registral de la hipoteca sólo debería operar cuando se ha extinguido definitivamente la posibilidad de concesión de crédito futuro llamado a quedar garantizado, el margen con el que cuenta el deudor, en el plano práctico, para promover la sustitución del acreedor flotante por uno nuevo es algo mayor (pues sólo a partir de esa declaración terminante, de acreedor, de deudor o de ambos, que excluya definitivamente la generación del crédito futuro cubierto, quedaría vedada la posibilidad y aun así, los acreedores tendrían que estar en condiciones de probar que se ha producido para cuestionar la hipoteca cedida o subrogada tras ese momento, lo cual no parece sencillo).

De lege ferenda, podría ser conveniente reservar al deudor la posibilidad de “reutilizar” la garantía en esta hipótesis a favor de un nuevo acreedor, quizá con el límite de que alguno de los acreedores inscritos o anotados posteriores hubiera procedido a la ejecución del bien (con la misma orientación, por tanto, que la que se contempla en el art. 4.3 de la Ley 2/1994 para la novación modificativa del préstamo hipotecario sin pérdida de rango), o durante un cierto plazo desde que el deudor comunicara al acreedor su voluntad de subrogar a un tercero para el caso de que en ese plazo no se avenga a otorgar crédito incluido en la cláusula de globalización (o incluso, en la línea de la Ley 2/1994, si no otorga crédito en las mismas condiciones que las de la oferta vinculante que otra entidad haya hecho al deudor), al tiempo que se permitiera una utilización más generosa de este expediente (con sus beneficios arancelarios y tributarios, además de los puramente operativos) respecto de préstamos, créditos y otros negocios del tráfico bancario que pudieran estar garantizados por la hipoteca flotante.

LA HIPOTECA FLOTANTE Y LOS CONSUMIDORES

1. La legislación de consumidores bancarios

El principio de protección de los consumidores y usuarios, consagrado nada menos que entre los principios rectores de la política social y económica en el art. 51.1 CE, tiene infinidad de consecuencias en el campo del crédito y, más estrechamente, del crédito hipotecario.

Son muchas las disposiciones normativas que en mayor o menor medida, y desde ópticas muy diversas, regulan la relación de crédito⁶¹⁶. Desafortunadamente, se trata de una regulación asistemática, con diferentes opciones de política legislativa (en ocasiones, incluso contradictorias) que genera disparidades interpretativas relevantes. El concepto de “*consumidor*” es buena prueba de ello: en algunas de estas normas, el concepto integra únicamente a personas físicas que actúen al margen de su actividad comercial o profesional (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo), en tanto que en otras se recoge una definición en la que no están expresamente excluidas las personas jurídicas (Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito). Pero es que, además, existen numerosos solapamientos de estas reglas que forman un

⁶¹⁶ A riesgo de olvidar alguna, entre la normativa específica: (1) arts. 1.740 y 1.753 y ss. CC y 311 y ss. del Código de Comercio; (2) Ley de 23 de julio de 1908, de prevención de la usura; (3) Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; (4) Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo; (5) Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazo de bienes muebles; (6) Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores; (7) Ley 41/2007; (8) Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; (10) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; (11) Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; (12) Circular del Banco de España n.º 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; (13) la Orden EHA/2899/2011, del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que, entre otras, deroga la orden del Ministerio de Presidencia de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios dirigida a garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten dichos contratos); (14) Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; o (15) la constelación de reales decreto-ley de protección de deudores hipotecarios aprobados en 2011 y 2012. Y entre la genérica, merece la pena destacar, además de las reglas sobre obligaciones y contratos de los códigos civil y de comercio, (1) la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

auténtico laberinto normativo. De la misma forma, algunas de esas normas se aplican tanto a créditos o préstamos con garantía hipotecaria como sin ella (art. 1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo citada), en tanto que en otros casos, se excluye la aplicación en relación a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria (art. 3(a) de la Ley 16/2011, de 24 de junio mencionada).

El análisis del impacto de la legislación de consumidores en los productos bancarios o, más estrechamente, sobre el crédito hipotecario desborda el objeto de este estudio⁶¹⁷. Sólo aspiro a contemplar aquellas particularidades de la normativa sobre consumidores que podrían tener especial relevancia sobre la hipoteca flotante.

2. Hipotecas flotantes con consumidores

En la génesis legislativa de la hipoteca flotante se hizo hincapié tanto en la eficacia que podría tener la hipoteca flotante en la generación de crédito para las medianas y pequeñas empresas (en el apartado de los apoyos a la entonces nueva figura hipotecaria), como en su potencial efecto pernicioso a través del agravamiento del endeudamiento de las familias (en el apartado de las críticas). Sin embargo, tal y como se destacó en el Capítulo IV, la condición subjetiva del deudor no pasó a ser elemento configurador de la hipoteca flotante en nuestro Derecho (a diferencia de la condición subjetiva del acreedor), por lo que bien pueden ser deudores hipotecarios flotantes personas jurídicas como personas físicas, consumidores o no consumidores.

El concepto de “consumidor bancario” en materia de préstamo o crédito se articula sobre la base de la finalidad de la financiación (*“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*) a que se refiere el art. 2 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores; *“la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”* en art. 2.1 Ley 16/2011 –que no aplica a créditos hipotecarios– y, en términos parecidos, el art. 1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo –que sí aplica a créditos hipotecarios– que, sin embargo, incluye a las personas jurídicas: *“las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional”*),

⁶¹⁷ Una panorámica sobre la materia puede verse en DÍAZ RUIZ, Emilio: “Autonomía de la voluntad, contratación bancaria y condiciones generales”, AA. VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Madrid: Wolters Kluwer España - Consejo General del Notariado, 2012, tomo II, pp. 557-609.

cualquiera que sea la condición del bien sobre el que recae la hipoteca. Así, si se hipoteca la vivienda habitual de una persona física en garantía de una financiación con finalidad comercial o profesional, no será aplicable la normativa de consumidores bancarios y a la inversa⁶¹⁸.

En efecto, la condición de “*vivienda habitual*” del deudor (o del hipotecante no deudor) del bien hipotecado tenía *per se* escasa trascendencia sobre la relación jurídica. Tras las últimas modificaciones incorporadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social se ha incrementado algo esa relevancia, aunque continúa siendo reducida. La reciente reforma ha tratado de uniformizar conceptos (por ejemplo, prescindiendo de la “*vivienda familiar*” que antes usaba el art. 693 LEC), si bien ha omitido, desafortunadamente, una definición legal del concepto de “*vivienda habitual*”. Las principales particularidades cuando se hipoteca (o ejecuta) la vivienda habitual son las siguientes:

- (a) la necesidad de identificar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda como requisito de constitución de la hipoteca introducida en el art. 21.3 LH;
- (b) la necesidad de identificar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque en la previsión contractual en la que las partes acepten la ejecución extrajudicial del art. 129.2.b) LH;
- (c) la limitación de los intereses de demora en préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda al triple del interés legal del dinero y la prohibición de su capitalización (salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC) del art. 114 LH y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 (para los deudores en umbral de exclusión del Real Decreto-Ley 6/2012 los intereses moratorios máximos desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, serán los resultantes de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% sobre el capital pendiente

⁶¹⁸ En contra (aunque con reservas) DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013, apartado 3, pp. 20-23.

conforme al art. 4 del Real Decreto-Ley 6/2012);

- (d) la limitación a 30 años del plazo de los préstamos o créditos para adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual del art. 5 LRMH;
- (e) la obligación de incorporar a la escritura de préstamo con hipoteca sobre vivienda concedido a una persona física la declaración manuscrita por ésta (en los términos que determine el Banco de España) en que manifieste haber sido adecuadamente advertida de los posibles riesgos derivados del contrato en los casos en los que se establezcan “suelos” y “techos” asimétricos de variación de tipos de interés, o lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o se concedan en una o varias divisas (art. 6 de la Ley 1/2013);
- (f) la concesión a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión del Real Decreto-Ley 6/2012 del beneficio de excusión aun cuando lo hubieran renunciado expresamente al tiempo de obligarse (art. 3 bis Real Decreto-Ley 6/2012);
- (g) la aplicación de las medidas de reestructuración, quita o incluso dación en pago previstas en el Código de Buenas Prácticas incorporado por el Real Decreto-Ley 6/2012 a todo contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual que no excedan de los importes máximos establecidos en el art. 5 del Real Decreto-Ley y cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión definido en el art. 2 del Real Decreto-Ley (obviamente siempre que el acreedor se haya adherido voluntariamente al citado Código);
- (h) la paralización, excepcional y transitoria hasta el 16 de mayo de 2015 del lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el art. 1 de la Ley 1/2013, siempre que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido precisamente para la adquisición de la misma;
- (i) la concesión al deudor del derecho a redimir completamente el crédito remanente tras la ejecución en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada (tanto en realización judicial como extrajudicial) cuando pague el 65% de la

cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago en el plazo de 5 años desde el remate o adjudicación o el 80% dentro de los 10 años (derecho introducido por la Ley 1/2013 que se aplica incluso respecto a los créditos remanentes derivados de ejecuciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 conforme al apartado 5 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013)⁶¹⁹. Y el derecho a redimir dicho crédito remanente en el importe del 50% de la plusvalía (menos los costes que debidamente acredite el ejecutante) obtenida en la venta de la vivienda habitual rematada por el ejecutante, aquél a quien le hubiera cedido su derecho o cualquier sociedad de sus grupos en los 10 años siguientes a la aprobación del remate del art. 579.2 LEC;

- (j) en caso de subasta sin postor, para el ejercicio del derecho del ejecutante a la adjudicación de la cosa ejecutada cuando se trate de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta (o por el 60% si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior al 70%) del art. 671 LEC⁶²⁰;

⁶¹⁹ Vale la pena mencionar la falta de consistencia o articulación de esta regla de exoneración y la que podría resultar en el concurso del deudor persona física, conforme a lo previsto en el art. 178.2 LC que sujetaría a exoneración plena la totalidad de la deuda remanente tras la ejecución, sin exigir esos pagos en cinco o diez años del art. 579.2 LEC (CUENA CASAS, Matilde: “Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, *ADC* n.º 31, enero-abril 2014, pp. 155-159, trabajo aún en fase de pruebas de texto que la autora ha tenido la amabilidad de facilitarme).

⁶²⁰ Adviértase el absurdo de que, si el valor de la deuda estuviera entre el 60% y el 70%, la norma obliga al acreedor que ejercite el derecho de adjudicación (“[...] *la adjudicación se hará...*”) a adjudicarse la finca por el 60%, quedando un remanente que habrá de ser perseguido por la vía ordinaria, en perjuicio del deudor, de los terceros, etc., al contrario que cuando el bien no es vivienda habitual en el que el acreedor puede pedir la adjudicación por el límite legal (en ese caso, el 50% del valor de subasta) o por el valor de la deuda (“[...] *el acreedor podrá pedir...*”). El incomprensible tratamiento de desfavor que de ahí resulta entre la vivienda habitual y los bienes que no lo sean ha llevado a algunos autores a sugerir que la adjudicación de la vivienda habitual por el acreedor al 60% al amparo del art. 671 LEC cuando la deuda es mayor supone una valoración provisional, pendiente de la definitiva que, en el seno de la ejecución ordinaria en que se transforme la ejecución hipotecaria, habrá de hacerse conforme a los arts. 637-639 LEC, de forma tal que pueda llegar a alzarse la ejecución ordinaria si el avalúo real del bien adjudicado resultara ser superior a la deuda (DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1.901-1.902). También que esa adjudicación en base al art. 671 excluye la continuación de la ejecución ordinaria por el remanente de la deuda conforme al art. 579 LEC (véase DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013, apartado 3.7, pp. 33-35). E incluso que cuando la “cantidad debida por todos los conceptos” supere la cobertura hipotecaria, se deberá poner a disposición de los acreedores posteriores lo que exceda de dicha cobertura, por imperativo del art. 692.1 LEC o que la falta de ejercicio por parte del ejecutante del derecho de adjudicación debería conducir no al alzamiento del embargo, sino a la cancelación de la hipoteca (ACHÓN BRUÑÉN, María José: “Soluciones para la mejora...”, *op. cit.*, pp. 4-5).

- (k) el derecho a alzar la ejecución y liberar el bien ejecutado, cuando se trate de la vivienda habitual, si el deudor, aún sin el consentimiento del acreedor, consigna la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados del art. 693.3 LEC;
- (l) la concesión de un plazo de un mes (prorrogable por motivo fundado un mes más) para la entrega de la posesión del inmueble ejecutado cuando sea la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan del art. 704 LEC;
- (m) el sometimiento de la ejecución extrajudicial de una vivienda habitual a las reglas comprendidas en el art. 12 del Real Decreto-Ley 6/2012, entre las que destaca la celebración de una única subasta (para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca) y la posibilidad de adjudicación de la vivienda habitual al ejecutante, en caso de subasta desierta, por importe igual o superior al 60% del valor de tasación (frente al 70% que se recoge en la ejecución judicial);
- (n) la limitación de las costas exigibles al deudor ejecutado en ejecución de vivienda habitual al 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva del art. 575.1 bis LEC;
- (o) la exclusión de las costas del proceso de la tasa de justicia en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual, ni en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas (art. 241.1.7º LEC).

Y, más tangencialmente:

- (a) la exención de reintegro de las ayudas estatales para adquisición de viviendas ni de las exenciones o bonificaciones tributarias otorgadas en los casos en que la vivienda protegida sea objeto de dación en pago al acreedor, transmisión mediante procedimiento de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial o cuando se modifiquen las condiciones de los préstamos regulados en los planes estatales de vivienda a consecuencia de las reestructuraciones o quitas realizadas al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección a

deudores hipotecarios sin recursos;

- (b) la concesión excepcional y transitoria hasta el 16 de mayo de 2015 del derecho a reembolsar planes de pensiones a los partícipes sujetos a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Disposición Adicional Séptima del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre;
- (c) el traslado de la responsabilidad del pago de la plusvalía urbana en las daciones de viviendas habituales realizados por deudores en el umbral de exclusión conforme al Real Decreto-Ley 6/2012 del transmitente al adquirente (art. 106.3 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo) o la exención tributaria de la ganancia patrimonial que pudiera generarse con ocasión de dichas daciones (Disposición Adicional Trigésima Sexta de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio);
- (d) la extensión a personas lanzadas de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012, de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los arts. 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 o quienes suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas (arts. 13 y 14 del Real Decreto-Ley 6/2012); o
- (e) la inembargabilidad de la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada (siempre que cumpla una serie de requisitos) respecto de sus deudas empresariales o profesionales posteriores a la inscripción del emprendedor en el registro mercantil y la constancia registral sobre el bien afectado (inembargabilidad que cede respecto a las deudas tributarias o de la Seguridad Social) (Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

Naturalmente, estas reglas se aplican en los casos en los que se constituye o ejecuta una hipoteca flotante sobre vivienda habitual. Pero alguna de esas reglas podría hacer surgir cuestiones dignas de análisis al aplicarse a hipotecas flotantes (más en el plano teórico que en el práctico, atendiendo a la escasa utilización de las hipotecas flotantes en las operaciones con particulares).

3. Tres aspectos particulares que podrían tener especial incidencia en la hipoteca flotante

No existen normas o reglas específicas en la normativa de consumidores bancarios relativas a la hipoteca flotante. Hay sin embargo, dentro de aquél proceloso mundo, tres aspectos que podrían tener singular impacto en la hipoteca flotante, en particular, en la modalidad de hipoteca global que aspira a cubrir obligaciones futuras al tiempo de la constitución de la hipoteca.

3.1 La evaluación de la solvencia del deudor y la concesión responsable de crédito

Me refiero, en primer lugar, a la obligación de evaluación de la solvencia del deudor de las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, sobre la base de una información suficiente, a la obligación de llevar a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a consumidores y a la obligación de facilitar a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen (en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales) se ajustan a “*sus intereses, necesidades y a su situación financiera*” impuestas en el art. 29 de la Ley de Economía Sostenible.

La evaluación de la solvencia del deudor es un principio de actuación acogido por primera vez en las orientaciones comunitarias en el Libro Blanco sobre Integración de los Mercados Hipotecarios de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007. Se contiene allí una exhortación a los prestamistas a la evaluación detenida de la solvencia y la capacidad de pago de los prestatarios, no a beneficio de la entidad o de la estabilidad del sistema, sino a beneficio de los prestatarios. Este principio, igualmente, se recoge en los arts. 1, 18 y 20 de la art. 25 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con

los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, que habrá de ser traspuesta al ordenamiento español antes del 31 de marzo de 2016 (y se recoge, igualmente, en el art. 8 de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, aunque ésta no se aplica a los contratos con garantía hipotecaria).

Mencionaba en el Capítulo IV que una de las ventajas de las hipotecas globales es que eliminan (o reducen) la carga sobre el acreedor de informarse sobre la situación financiera del deudor al tiempo de formalizar una nueva operación de crédito (pues esta nueva operación va a quedar cubierta por la hipoteca), facilitando y abaratando, así, la concesión del nuevo crédito. Aunque ello es así en el ámbito de las relaciones interpartes, las entidades de crédito quedan no obstante sujetas a las mencionadas obligaciones de evaluación de la solvencia del deudor cada vez que concedan nuevo crédito. El incumplimiento de la obligación de reevaluar la solvencia del deudor (sea o no consumidor) al tiempo de la concesión del nuevo crédito, o de reiterar en ese momento las prácticas para la concesión responsable del crédito (si el deudor es consumidor) o de facilitarle entonces al deudor las explicaciones precisas para que pueda evaluar si el nuevo crédito se ajusta a sus intereses, necesidades o situación financiera (si el deudor es consumidor) constituirá conducta sancionable bajo la normativa de disciplina e intervención, pero no tiene efecto contractual alguno, en el Derecho vigente, como se encarga de enfatizar el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (en vigor desde el 29 de julio de 2012 *ex* Disposición Final de la Orden)⁶²¹. La Orden ha supuesto un notable incremento de la intervención de los poderes públicos respecto de la libre contratación de los ciudadanos de productos bancarios. En efecto, aumenta de manera sensible la intromisión del legislador respecto de los acuerdos de voluntad entre sujetos privados, en el ámbito de los servicios bancarios con la tan manida justificación de la desproporción entre las partes o el menor grado de conocimiento de la parte no profesional. Y ello pese a que el art. 18.6 de la

⁶²¹ En este sentido, DÍAZ RUIZ, Emilio: “Crédito bancario responsable”, *op. cit.*, pp. 227-228. Recordemos que la Orden EHA/2899/2011 se aplica tanto a los préstamos y créditos hipotecarios concertados con entidades de crédito como a los concertados con “*empresas distintas de las entidades de crédito*” (reguladas de forma expresa en nuestro Derecho a partir de la Ley 2/2009, de 31 de marzo que regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito) (Disposición Final 1.ª Orden EHA/2899/2011).

Orden recoja enfáticamente el principio de libertad en la contratación del art. 1.255 CC como rector de las relaciones entre las entidades financieras y su clientela, en línea con la misma proclama del art. 29.2 de la Ley de Economía Sostenible.

Sin embargo, la adaptación de la Directiva 2014/17/UE mencionada obligará a revisar lo anterior, pues el art. 18.4 obliga a los Estados miembros a velar para que los prestamistas no puedan resolver, vencer anticipadamente o incluso variar las condiciones del crédito hipotecario en detrimento del consumidor con base en una defectuosa evaluación de la solvencia del consumidor al tiempo de la concesión del crédito. Por tanto, una inadecuada evaluación de la solvencia del deudor podrá tener no sólo consecuencias administrativas, sino también civiles.

La evaluación de la solvencia del deudor, como requisito de indispensable exigencia para asegurar una concesión responsable de crédito tiene, a su vez, una condición de aplicación que es la relativa a la calidad y abundancia de la información financiera del cliente (o potencial cliente). Una decisión crediticia fundada por el prestamista sólo puede hacerse sobre la base de una información patrimonial o, más generosamente, de cumplimiento financiero del cliente, de calidad. Es en este campo en el que nuestras normas, y nuestras prácticas bancarias, adolecen de graves carencias. La información en la que se funda una correcta decisión crediticia no debería limitarse, como ocurre, a la proporcionada voluntariamente por el interesado (de la que es previsible inferir un claro sesgo optimista). De hecho, el prestamista se “exonera” cuando la incorrecta evaluación de solvencia se justifica en la falsedad u ocultación por parte del cliente (así, el art. 6.4 de la Directiva 2014/17/UE permite que el prestamista ejercite sus derechos de vencimiento anticipado o de modificación de condiciones incluso cuando haya habido una incorrecta evaluación de la insolvencia por la entidad, para el caso de que esa incorrecta valoración se deba a la ocultación o falseamiento de la información por parte del cliente). Deberían estar a disposición de los potenciales acreditantes bases de datos, registros o publicaciones (obviamente, fiables y completas) sobre el historial de cumplimiento monetario del potencial cliente, no sólo en forma de registros de solvencia *negativos* (en los que se recogen los incumplimientos, retrasos o incidencias negativas), sino también los *positivos* (en los que se recogerían los volúmenes de endeudamiento y cumplimiento históricos). Se debería dar acceso a dichas bases a los prestamistas de todos los Estados Miembros, en condiciones no discriminatorias (art. 7.1 de la Directiva 2014/17/UE). Ello permitiría una mejor

parametrización del riesgo por parte de los prestamistas y una mayor estimación del riesgo “efectivo” del deudor (no del riesgo “medio” del deudor), que en última instancia redundaría en la optimización del coste para los clientes (a menor riesgo “efectivo” del cliente concreto, menor coste). En España, los registros públicos o privados disponibles son fundamentalmente registros negativos y, salvo el de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (en el que declaración es obligatoria para las “entidades declarantes”), son de confección o distribución voluntaria, comercializados por empresas privadas sobre la base de información recopilada de registros públicos (Registro Público Concursal; registros de bienes, etc.), publicaciones oficiales (BOE, BORME, etc.) o, más residualmente, suministrada por los propios deudores. En la confección de estos registros positivos, la información suministrada por las propias entidades financieras jugaría un papel nuclear. La generalización de registros de este tipo encuentra sin embargo, en nuestro país, dos escollos. Por un lado, no existe una práctica bancaria en este sentido, ni obligación alguna de las entidades financieras de compartir esta información. Y, por otro, la normativa de protección de datos (o más bien, la interpretación que de la normativa de protección de datos está haciendo la Agencia de Protección de Datos) viene exigiendo consentimientos individualizados del cliente para la cesión de datos de carácter personal que sean necesarios para la evaluación de la solvencia patrimonial (sólo se exonera el consentimiento individualizado para la cesión de datos “*adversos*”, al exigirse para ello los requisitos cumulativos de existencia de deuda cierta, líquida y exigible que haya resultado impagada y que se haya efectuado requerimiento previo de pago). Se entiende que la necesidad de recabar el consentimiento del cliente, y la ausencia de una obligación en las entidades de compartir las informaciones positivas, limita el desarrollo de estos registros⁶²².

3.2 El suministro de la información precontractual normalizada. La inexistencia de obligación de asesoramiento al deudor

La extensión al prestamista profesional de obligaciones de asesoramiento al cliente ha sido tradicionalmente rechazada tanto por la industria, como por las instituciones. El Libro Blanco sobre Integración de los Mercados Hipotecarios no recomendaba la imposición de esta obligación, al tiempo que propiciaba exigir a la parte

⁶²² Vid. CUENA CASAS: Matilde: “Crédito responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *RDCP* n.º 20, 2014, pp. 161-185.

profesional mayores obligaciones de información al cliente⁶²³. Antes de él, también el Libro Verde de la Comisión Europea “El crédito hipotecario en la UE” de 19 de julio de 2005⁶²⁴ había enfatizado el valor de la provisión de información suficiente al consumidor en las transacciones hipotecarias, a la vista de la inevitable “*asimetría en la información con la que cuentan el prestatario medio y el prestador del servicio*” e incluso antes, en 2001, se había fomentado desde la Comisión la adopción del “Código de Conducta Voluntario sobre la información precontractual para los préstamos de vivienda⁶²⁵ (en el que se establecía la denominada “Ficha Informativa Estandarizada Europea”) en el art. 3 de su Recomendación de 1 de marzo de 2001, aplicable respecto de los consumidores de “*créditos vivienda*” (un préstamo ofrecido a un consumidor para la compra o transformación del bien inmueble privado que posea o aspire a adquirir, asegurado mediante hipoteca sobre el bien inmueble o sobre mediante una fianza utilizada habitualmente en un Estado Miembro a dicho efecto), excluyendo expresamente los contratos de crédito regulados por la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, del Consejo).

Nuestro Derecho se ha hecho eco de estas tesis, renunciando a imponer al prestamista la obligación de asesorar al cliente⁶²⁶. Por excepción, se exige asesoramiento al consumidor para la concertación de hipotecas inversas (pero ni siquiera en este caso el asesoramiento debe prestarlo el acreedor, sino que se exige que sea “*independiente*” ex art. 32 b) de la Orden EHA/2899/2011) o al profesional de la intermediación en el crédito, al que se impone la obligación de seleccionar los productos de crédito que mejor se adapten a las características del consumidor, presentándole al menos tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas características jurídicas y económicas “*asesorará al consumidor*” (art. 22.4 Ley

⁶²³ “La comisión opina que los prestamistas hipotecarios deben facilitar al consumidor información completa y las adecuadas explicaciones... pero no deben estar legalmente obligados a ofrecer asesoramiento. La obligación de asesorar influiría negativamente en los precios de las hipotecas y limitaría la gama de productos a disposición del consumidor” [COM (2007) 807 final].

⁶²⁴ [COM (2005) 327 final].

⁶²⁵ [COM (2001) 477].

⁶²⁶ La Directiva 2014/17/UE mantienen estos principios de provisión de información adecuada sin llegar a imponer la prestación de servicios de asesoramiento al consumidor por cuenta del prestamista, pero sí la obligación de informar al consumidor sobre si se le prestan en el caso concreto estos servicios o se le pueden prestar (art. 22). Lo dispuesto sobre asesoramiento, no obstante, no limita las obligaciones del prestamista de facilitar explicaciones adecuadas para que el consumidor pueda calibrar si los productos que se le ofrecen se adaptan a sus necesidades y situación financiera (arts. 22.7 y 16)

2/2009).

La provisión de asesoramiento al consumidor a cargo del acreedor se reemplaza así por una extensa carga de suministro de información precontractual y contractual (arts. 13-18 de la Ley 2/2009, Capítulo UU de la Orden EHA/2899/2011, etc.). Y, al contrario que respecto del suministro de las explicaciones al deudor para que pueda formar un juicio sobre si el crédito o préstamo hipotecario que se le propone se ajusta a “*sus intereses, necesidades y a su situación financiera*” a que se refiere el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el incumplimiento de las obligaciones de suministro de información precontractual y contractual normalizadas sí puede tener efectos en la relación jurídica con el deudor, como se ocupa de advertir el art. 14.3 de Ley 2/2009, ello sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los arts. 61 y 65 LGDCU. El incumplimiento de la obligación de suministro de la información requerida puede incluso ser constitutiva de una práctica comercial engañosa desleal, reprimible conforme a los arts. 20 LGDCU y 4, 5 y 7 de la Ley 3/1191, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

El art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 otorga a los notarios una tarea fiscalizadora respecto del debido cumplimiento de las obligaciones impuesta a los prestadores de créditos hipotecarios, al obligarles a “*denegar la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente*”⁶²⁷, remisión genérica esta última que es, a su vez, corolario del principio consagrado en los arts. 17 bis y 24 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, el art. 84 de la LGDCU o, ya en el ámbito de la contratación bancaria, el art. 18.3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Igualmente, se impone a los registradores la obligación de denegar la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente (art. 18.1 de la Ley 2/2009).

Nuevamente, la preexistencia de la garantía hipotecaria en una hipoteca global cuando se pretende extender nuevo crédito puede *de facto* no estimular suficientemente el cumplimiento de todos estos requisitos: puesto que la hipoteca ya existe cuando

⁶²⁷

Se ha criticado que no se especifique en la Orden con más detalle qué irregularidades determinarían tan pesada sanción (pues los perjuicios para el consumidor derivados de la no ejecución de la operación pueden ser más gravosos que las ventajas derivadas del escrupuloso cumplimiento de la Orden) (BONARDELL LENZANO, Rafael: “La intervención notarial” en DIAZ RUIZ, Emilio (coord.): *Códigos de Conducta y Préstamos Hipotecarios*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 44).

acreedor y deudor se plantean la extensión de nuevo crédito llamado a quedar cubierto por la hipoteca global, incluso aunque no quede reflejo registral alguno de ello, existe una menor presión sobre el acreedor para cerciorarse de que cumple escrupulosamente con estos requisitos. Debe decirse, no obstante, que incluso aun cuando el acreedor no aspire a que quede reflejo tabular de la concesión de ese nuevo crédito llamado a quedar cubierto por la hipoteca ya existente, pretenderá en todo caso que el incumplimiento de las obligaciones del deudor en la nueva operación pueda ser ventilado mediante el trámite procesal ejecutivo, lo que comportará de ordinario el otorgamiento de escritura pública o póliza intervenida por notario. De ahí que, en la práctica, el papel fiscalizador del notario operará (incluso aunque no opere el del registrador) en la formalización de las nuevas operaciones de crédito. Y, en todo caso, se trata de preceptos de carácter imperativo respecto de los que no cabe renuncia previa por parte del consumidor (art. 2 Ley 2/2009).

Y, en todo caso, el incumplimiento por parte del acreedor de estas obligaciones podrá tener efectos sancionatorios conforme a la normativa de disciplina e intervención de entidades de crédito y de protección de la clientela financiera, puede constituir “*infracción en materia de consumo*” (conforme a lo dispuesto en el art. 9 LGDCU), amén de poder tener efectos contractuales.

3.3 La quita o la espera del Código de Buenas Prácticas y la hipoteca flotante

Se plantea alguna duda sobre la aplicación de las medidas de quita o dación del Código de Buenas Prácticas cuando la vivienda habitual es hipotecada bajo una hipoteca flotante que cubra otras obligaciones además del “*crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma*” a que se refiere el art. 1.2.b) del Real Decreto-Ley 6/2012. En efecto, dicho apartado y el Código de Buenas Prácticas incorporado al Real Decreto-Ley (obviamente, si el acreedor se hubiera adherido a él) permitirían, cuando las medidas de reestructuración fueran inviables, la quita de dicho crédito o incluso la entrega de la vivienda habitual al acreedor para saldar la deuda. Con esta dación en pago impuesta por el Código de Buenas Prácticas, se eliminaría la garantía real del acreedor flotante respecto de las demás obligaciones hipotecarias que, obviamente, no quedarían saldadas con la dación, pues este efecto sólo ha sido contemplado por el legislador respecto del “*crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y*

concedido para la adquisición de la misma”, pero no ha sido contemplado respecto de las demás obligaciones hipotecarias cubiertas por la hipoteca (que podrían incluso no quedar sujetas a la normativa de consumidores si su finalidad fuera empresarial). La analogía en absoluto sirve para entender que las demás obligaciones hipotecarias cubiertas por la hipoteca flotante sobre la vivienda habitual hayan de entenderse saldadas de la misma forma que el crédito concedido para la adquisición de dicha vivienda habitual, que es el único que la norma da por saldado con la dación.

4. Una última reflexión general sobre los consumidores y la hipoteca flotante

Como traté de enfatizar en el Capítulo IV, en el ámbito concreto de la utilización de hipotecas flotantes o hipotecas globales en la contratación con consumidores, se hace particularmente relevante la tacha de la “*atadura*” o “*vinculación*” que comporta o puede comportar. El consumidor necesita, obviamente, ser informado con carácter previo a la concertación de una operación llamada a quedar cubierta por la hipoteca, que ésta se extenderá a la obligación, con los riesgos que eso entraña en caso de incumplimiento y consecuente desencadenamiento por el acreedor de su acción real (las consecuencias del impago, según la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Por supuesto que puede el consumidor solicitar al acreedor que extienda el crédito, pero con renuncia a la garantía real. Del mismo modo que éste puede aceptar esa renuncia para cada caso concreto (informando antes de la contratación de las condiciones específicas de la operación –previsiblemente más gravosas para el consumidor– para el caso de que no haya de beneficiarse de la garantía) o negarse en tal caso a extender crédito (nuevamente, con la oportuna explicación al cliente).

A la vista de las condiciones comunicadas por el acreedor para la concertación de nuevo crédito cubierto por la hipoteca, el deudor siempre estará en condiciones de:

- (a) concertar la operación con el acreedor hipotecario;
- (b) concertar nuevo crédito hipotecario con otro acreedor (que, obviamente, tendrá el rango que le otorgue su acceso al registro, posterior por tanto al de la hipoteca flotante o global existente);
- (b) “rescatar” la hipoteca mediante su cancelación, demandándosela al acreedor hipotecario, lo que podrá hacer si no existe en ese momento riesgo vivo existente cubierto con la hipoteca y la generación de nuevo crédito llamado a quedar amparado por ella depende entre otras cosas de un consentimiento negocial por

parte del deudor, que excluye en ese momento de forma irrevocable; o,

- (c) “rescatar” la hipoteca mediante su movilización a favor de un nuevo acreedor, sea con la colaboración del acreedor (a través del mecanismo de la cesión), sea en fin sin su cooperación, a través de la subrogación legal reconocida en la Ley 2/1994 o, con carácter general, en el CC. Esta movilización o reutilización de la hipoteca no ofrecerá demasiadas dificultades sustantivas si existen, en este tiempo, algún crédito cubierto por la hipoteca pendiente, en el que el deudor pueda subrogar al tercero. Y será hartamente más compleja en el caso de que en ese momento no existan créditos presentes o simplemente futuros cubiertos, sino sólo créditos puramente futuros (como expuse en el Capítulo X). Pero estas dificultades para la reutilización o movilización de la garantía a favor de un nuevo acreedor no son mayores o más relevantes en relación con una hipoteca flotante o global que las que se plantean cuando la obligación hipotecaria ha sido completamente amortizada en una hipoteca ordinaria o de tráfico, o en cualquier otra hipoteca de seguridad (o cuando no ha surgido la obligación).

1. Concurso

1.1 Clasificación de los créditos garantizados por una hipoteca flotante en el concurso del deudor

1.1.1 *En general*

La posibilidad de que mediante una hipoteca flotante se aseguren créditos futuros, incluso indeterminados en su número y cuantía, suscita una gran problemática cuando, con anterioridad al nacimiento del crédito llamado a quedar cubierto por la garantía, el deudor entra en concurso. Recuérdese que una de las principales objeciones de la doctrina de la DGRN respecto de la hipoteca global con anterioridad a la Ley 41/2007 se basaba, precisamente, en la consideración de que esta figura comprometía el sistema de garantía patrimonial del deudor del art. 1.911 CC (al crear una afección real a favor de un crédito posterior en el tiempo a otros créditos frente al mismo deudor) en el que se basa nuestro sistema, al tiempo que subvertía la regla de la comunidad de pérdidas entre los acreedores en el concurso.

Con carácter general, el régimen del acreedor real (singularmente, el acreedor hipotecario) en el concurso se caracteriza por:

- (a) Mantenimiento de la afección real (o sea, invulnerabilidad del acreedor real en el concurso): el bien hipotecado sigue afecto al pago de la deuda, no obstante el concurso (y con independencia, en principio, de la solución conservativa o liquidatoria del mismo), de forma que con su producto se atienda, con preferencia a cualquier otra deuda concursal o contra la masa, la deuda garantizada (art. 154 LC), preferencia que abarca incluso a los intereses (hasta el valor de la cosa hipotecada) (art. 59.1 LC).
- (b) Los derechos del acreedor hipotecario no se ven afectados por el convenio (salvo que el acreedor hipotecario lo consienta) (art. 134.2 LC).
- (c) Cualquier suspensión o paralización de la ejecución de la garantía real (para el caso de que recaiga sobre bien afecto a la actividad empresarial del deudor) es

temporal (y necesariamente claudicante) (art. 56 LC)⁶²⁸ (sin perjuicio de los remedios que el art. 155 LC atribuye a la administración concursal).

Estos efectos se ligan al requisito sustantivo de que la garantía real esté “constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros” (art. 90.2 LC), y al procedimental del reconocimiento de su crédito como privilegiado especial (y ello aunque se beneficie de una cierta relajación de la carga de la insinuación, como resulta de la nueva redacción de los arts. 86.2 y 92.1.º LC en la LRLC⁶²⁹) puesto que el principio de la universalidad del concurso (art. 76 LC) impone que la solución del crédito con garantía real también se efectúe en el seno del concurso, al contrario que en el derecho de quiebras anterior, en el que se

⁶²⁸ Manteniéndose, en lo esencial, la protección del acreedor hipotecario respecto de la ejecución de la cosa hipotecada (aunque sea con la servidumbre del retraso que puede derivar del plazo de suspensión del art. 56 LC), se ha enfatizado últimamente el enorme quebranto que para el acreedor real supone no tener acceso a la ejecución separada de la garantía (aunque sea ante el juez del concurso) en los casos en los que la liquidación se abre antes de que haya transcurrido el plazo legal de suspensión y respecto de los acreedores reales que no hayan iniciado la ejecución antes del concurso (CABANAS TREJO, Ricardo: “La incómoda situación...”, *op. cit.*, pp. 169-183; CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 163: “[...] puede comprobarse en tal caso cómo se destruye una parte importante de la posición creditoria, simplemente por el hecho de que el acreedor haya dejado de tener la posición de ejecutante”). Recuérdese que ya desde la Exposición de Motivos de la LC se justifica la suspensión de la ejecución separada del acreedor real en la necesidad de evitar el efecto perturbador sobre la masa, y sobre la continuidad de la actividad, ambos preordenados a la maximización de la satisfacción de los acreedores concursales, que supone permitir la salida de los bienes hipotecados de la masa activa antes de que los administradores concursales hayan podido examinar si merece la pena utilizar el recurso que otorga el art. 155.2 LC, o simplemente, si es posible maximizar el valor de la masa mediante una realización colectiva del patrimonio del concursado. La doctrina se divide entre los autores que amparan la suspensión (GARRIDO GARCÍA, José María: *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid: Civitas, 2000, p. 635; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago...*, *op. cit.*, p. 86 o VEIGA COPO, Abel: *Los privilegios concursales*, *op. cit.*, p. 46), los que la consideran un sacrificio injustificado (atendiendo a la no afectación del acreedor real respecto del convenio) para el que no se ofrece compensación alguna –antes al contrario, la desvalorización del bien durante la suspensión y la menor cobertura de intereses fomenta un sobredimensionamiento de las garantías reales–, en perjuicio del resto de los acreedores (CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.) y los que, en una posición ecléctica, ven bondades y maldades en la opción legal (VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “El tratamiento del acreedor hipotecario...”, *op. cit.*, p. 429; MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier y GARCÍA POMBO, Alberto: “La suspensión de las ejecutorias contra las promotoras y constructoras: condición de las viviendas del stock”, en GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (coord.): *Proceso concursal: crisis de las empresas constructoras y promotoras*, Valladolid: Lex Nova, S.A., 2009 (1.ª ed.), pp. 184-193).

⁶²⁹ Se defiende que el acreedor con garantía real está igualmente sujeto a la obligación de insinuar su crédito, como el resto de los acreedores (y al riesgo de subordinación si no lo hiciere) en HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: “Realización del crédito hipotecario en el concurso”, *RDCP* n.º 11, 2009, pp. 294, apelando a que la cuantía exacta de la deuda no resulta de la escritura de constitución de la garantía y a que el art. 92 LC no excluye de la subordinación a los no comunicados o comunicados tardíamente si gozan de garantía real. En términos parecidos, aunque de forma no tan contundente, ANTÓN GUIJARRO, Javier: “El crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria en el concurso”, AA. VV.: *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, tomo II, p. 104.

consideraba que el acreedor real ejercitaba sus derechos al margen de la masa, sin integrarse en la masa pasiva⁶³⁰.

Deberíamos partir de estas notas esenciales del tratamiento del acreedor real en el concurso para analizar en qué medida tienen aplicación mimética (o no) respecto del acreedor hipotecario flotante.

Los créditos garantizados por una hipoteca flotante del art. 153 bis LH tendrán, en caso de concurso del deudor, la consideración de créditos concursales, cuando el crédito haya surgido antes de la declaración del concurso, o de créditos contra la masa, en otro caso. Dado que la hipoteca flotante puede garantizar obligaciones de muy diferente tipo, habrá que clasificar cada uno de los créditos garantizados que tengan la consideración de concursales, sin presuponer, necesariamente, que todos ellos serán créditos con privilegio especial (si se hubieran cedido al acreedor flotante créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor concursado, esos créditos podrían merecer la clasificación de subordinados, en la medida en que el acreedor, respecto de esos créditos, se vería perjudicado por la presunción *iuris tantum* del art. 93.3 LC).

Podría parecer paradójico, a primera vista, que dos créditos garantizados con una misma hipoteca pudieran tener diferente reconocimiento en el concurso. Creo que el rasgo de la indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH) permite atender, para la clasificación de cada uno de los créditos garantizados, a las circunstancias de cada crédito, a efectos de una primera catalogación en créditos concursales o créditos contra la masa (con base en los arts. 84.1 y 84.2 LC) y, dentro de los primeros, para determinar si deben ser considerados privilegiados especiales, privilegiados generales, ordinarios o subordinados. Los que merezcan la consideración de créditos contra la masa, seguirán siéndolo aunque estén garantizados con hipoteca (lo que, ciertamente, no es habitual, pero no existe precepto legal que lo impida).

Es claro que un crédito que se devenga contra un concursado a consecuencia de una relación jurídica constituida después del concurso (en el seno de su actividad empresarial ordinaria, *ex art. 44 LC*, o en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de la masa activa *ex art. 43 LC*), ya sea derivado de una relación

⁶³⁰ Esta diferente visión se ha enfatizado en la generalidad de la doctrina: OLAVARRÍA TELLEZ, Ángel: "Créditos con garantía real", AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, p. 3.809; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss. y SALINAS ADELANTADO, Carlos: "Las garantías reales...", *op. cit.*, pp. 3.868 y ss.

constituida enteramente *ex novo* tras el concurso, ya derivado de un negocio jurídico nuevo que se incardina en una relación jurídica marco preexistente (una compra en un contrato de suministro sin abastecimiento mínimo, un descuento en un contrato de descuento de papel comercial, etc.) es considerado, pacíficamente, un crédito contra la masa. El mismo reconocimiento (de crédito contra la masa) debería merecer el crédito que se devenga contra el deudor después de la declaración del concurso en el seno de una relación jurídica de tracto continuado nacida de contrato anterior al concurso. Y es ésta la posición habitual en la jurisprudencia concursal, excepto en relación con las cuotas de leasing respecto de las que hay aún una neta división de opiniones entre las resoluciones judiciales que las califican como créditos concursales con privilegio especial tanto si se devengan antes como después del concurso (anclado en la consideración del contrato como contrato de tracto único con obligaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes) (SJdM n.º 1 de Alicante n.º 112/2010 de 12 de abril de 2010, AC 2010/425; SSAP Alicante n.º 475/2006 de 21 de diciembre de 2006, Secc. 8.ª, Sr. García-Chamón Cervera, JUR 2007/222034 y n.º 13/2007 de 15 de enero de 2007, Secc. 8.ª, Sr. Soriano Guzmán, AC 2007/1137; SJdM n.º 1 Málaga de 9 de marzo de 2006, AC 2006/354; SJdM n.º 4 Barcelona de 28 de septiembre de 2009, AC 2009/2105 y SAP Barcelona n.º 364/2010 de 9 de noviembre de 2010, Secc. 15.ª (Sr. Sancho Gargallo) (JUR 2011\54406) y las que califican así sólo a las anteriores, en tanto que a las posteriores las consideran créditos contra la masa (contrato de tracto sucesivo con obligaciones bilaterales pendientes) (*vid.* SJdM n.º 8 Barcelona de 6 de mayo de 2010, AC 2010/1031)⁶³¹.

Naturalmente, para la concertación, tras el concurso, y por parte del concursado de los negocios jurídicos identificados en la cláusula de globalización se requerirá la aprobación o intervención de la administración concursal y del juez, conforme al art. 43.2 LC, por suponer acto de gravamen⁶³².

⁶³¹ En este sentido, ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto: *Derecho Concursal. El concurso tras la reforma operada por la Ley 38/2011*, Madrid: Ed. El Derecho y Quántor, S.L., 2012, pp. 275-277. Esta última interpretación ha ganado algo más de fuerza por la modificación del art. 61 LC operada por la LRLC, pues parece que el legislador considera el *leasing* como contrato bilateral de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes y permite su resolución en interés del concurso.

⁶³² GARCÍA VICENTE parece indicar que la integración o no del crédito en la hipoteca depende de la voluntad de la administración concursal: “*En el caso de la hipoteca llamada global (esto es, en la que se garantiza un conjunto de créditos presentes y futuros, art. 153 bis LC) la garantía en cuanto tal subsistirá con la declaración de concurso y la posibilidad de que los sucesivos créditos contraídos gocen o no de garantía dependerá de la voluntad de la administración concursal, puesto que la celebración o exigencia de las sucesivas disposiciones del crédito, que nazcan de los*

Habida cuenta de que la clasificación de los créditos concursales como especialmente privilegiados se hace, entre otras posibilidades, por referencia a la garantía hipotecaria que los asegura, cualquier vicisitud que suponga la cancelación de la garantía determinará la reclasificación del crédito como ordinario (art. 89.3 LC). Así ocurriría, por ejemplo, cuando una misma hipoteca flotante garantizara créditos concursales y contra la masa, y se ejecutara totalmente (léase, con purga) la hipoteca por un crédito contra la masa que excediera la responsabilidad máxima hipotecaria.

1.1.2 Extensión sobrevenida de la cobertura hipotecaria bajo una hipoteca flotante antes de la aprobación de los textos definitivos

La relajación del principio de especialidad propia de la hipoteca flotante puede dar lugar a una nutrida colección de situaciones atípicas en las que el ingenio del jurista se pondrá a prueba.

Supongamos que, por vía de la cláusula de globalización, un crédito que nace sin cobertura hipotecaria pasa, posteriormente, a beneficiarse de la garantía. No cabe duda de que si ello sucede antes de la aprobación definitiva de la lista de acreedores, el crédito en cuestión debería ser clasificado como especialmente privilegiado. Ello resulta especialmente evidente por contraste con la articulación del crédito futuro asegurado con una prenda en la redacción finalmente acogida para el art. 90.1.6º LC por la LRLC⁶³³. En efecto, tras la reforma reza el art. 90.1.6º LC que “[l]a prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración de concurso”. Por

«actos jurídicos básicos» estará sometido a las reglas generales de los contratos pendientes de cumplimiento (arts. 61 a 63 LC)” (GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Garantías reales” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dirs.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, p. 1.653). A pesar de los términos, creo que no se quiere indicar que la inclusión o no en la cobertura hipotecaria es potestativa para la administración concursal y obligatoria para el acreedor flotante. Al contrario, si el crédito surge de un nuevo contrato (porque ninguna de las partes tiene vinculación u obligación previa para concederlo), se necesita del concurso de ambas partes para excluir el nuevo crédito de la cobertura; y si el surgimiento del crédito tras el concurso no resulta de nuevos consentimientos negociales entre concursado y deudor, sino de las meras resultas de los concertados previamente (como el impago por el deudor del concursado de un crédito cedido al acreedor flotante en una operación de *factoring* con recurso; un derecho de regreso del asegurador de responsabilidad civil a favor de terceros frente al asegurado por siniestro, etc.) la integración del crédito en la garantía sobreviene irremediabilmente (aún contra la voluntad de la administración concursal).

633

Modificación aplicable desde la fecha de entrada en vigor de la reforma, que es el 1 de enero de 2012, salvo en relación con los supuestos de entrada en vigor inmediata a que se refiere la Disposición Final Tercera.

tanto, mientras que un crédito futuro asegurado por una prenda no goza del privilegio especial si el crédito nace antes de la declaración del concurso (salvo cuando la prenda esté inscrita en registro público), nada de eso se establece en relación a los créditos futuros (nacidos antes o después de la declaración de concurso) garantizados “*con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados*” (nueva redacción del art. 90.1.1° LC conforme a la LRLC).

Es sin duda polémica la interpretación del extraño inciso final del art. 90.1.6° LC tras la reforma operada en la LRLC⁶³⁴. La interpretación literal ofrece escaso margen: la norma se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros y no a la prenda sobre créditos futuros, como quizá era la intención inicial del prelegislador. La mención a la rehabilitación y, sobre todo, la ubicación en un artículo dedicado a los créditos con privilegio especial (que son todos créditos contra el concursado) hace realmente difícil entender que los créditos futuros a los que alude son el objeto de la prenda (esto es, créditos del concursado frente a terceros) en lugar de las obligaciones garantizadas por la prenda (esto es, créditos de terceros frente al concursado). Están afectadas por tanto, en la acepción literal, todo tipo de prendas con desplazamiento (puesto que las prendas sin desplazamiento se encuentran reguladas en el apartado 1° de este art. 90.1 LC), sean corpóreas o incorpóreas. La norma excluye el privilegio especial (y por tanto la efectividad de la garantía) para los créditos nacidos tras la declaración de concurso, aunque deriven de una relación jurídica pre-contractual, salvo aquellos créditos post-contractuales que resulten de la rehabilitación de créditos del art. 68 LC. El origen de este inciso se encuentra en los trabajos de la Comisión Especial del Ministerio de Justicia encargada de la reforma concursal. En efecto, la Comisión quiso resolver un largo debate entre la doctrina y la jurisprudencia sobre los efectos de la prenda sobre

634

Vid. GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Garantías reales”, *op. cit.*, pp. 1.639-1.640 (“*La última reforma de la ley concursal ha conducido a su pérdida de utilidad [de la prenda ordinaria de créditos], sobre todo en lo que concierne a la pignoración de créditos futuros [...] El legislador ha quedado en tierra de nadie: empeora una fórmula (la relativa a las prenda ordinarias de créditos) que reputa implícitamente inaceptable desde su publicidad, pero no la deroga*”) y 1.653-1.656; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”, *ADCon* n.º 25/2012, pp. 9-94; CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: “El alcance de la prenda de créditos futuros en el concurso de acreedores (SJdM n.º 1 de Alicante de 20 de julio de 2012)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 37, octubre-diciembre 2012, pp. 23-37; PANTALEÓN PRIETO, Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: “El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros”, *RDCP* n.º 20, 2014, pp. 15-42.

créditos futuros (esto es, créditos posteriores a la constitución de la prenda) ante la declaración de concurso. Para una parte de la doctrina, la eficacia de la prenda de créditos futuros en el contexto del concurso se ponía en relación con la existencia o no, al tiempo de constitución de la prenda, de las relaciones jurídicas de las que deberían posteriormente surgir los créditos en cuestión. Algunos autores defendían la validez y plena eficacia de la prenda sobre créditos *simplemente* futuros, esto es, nacidos con posterioridad a la prenda pero derivados de relaciones jurídicas ya concertadas al tiempo de constitución de la prenda, incluso en caso de concurso; otros extendían esta validez y eficacia a los créditos puramente futuros (créditos derivados de relaciones jurídicas no concertadas al tiempo de la prenda) siempre que la relación jurídica hubiese sido concertada antes de la declaración de concurso, aunque el crédito naciera con posterioridad al concurso; otros en fin, restringían la eficacia de la prenda, en la hipótesis de concurso del pignorante, a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso (ya fueran puramente o simplemente futuros)⁶³⁵. Esta última tesis esgrimía que

635

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Cesión de Créditos”, *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1.033-1.131; PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal” en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.): *Garantías Reales Mobiliarias*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 177-194; FINEZ RATÓN, José Manuel: *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1994, p. 206; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *La prenda de créditos*, Madrid: Aranzadi, 2006, pp. 153 y ss.; GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La prenda de créditos futuros en el concurso”, *ADCon* n.º 9, septiembre-diciembre 2006, pp. 60-100; GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La inconsistencia de la prenda y la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 30 de septiembre de 2009)”, *ADCon* n.º 18, septiembre-diciembre 2009, pp. 399-419; GARCÍA VICENTE, José Ramón: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1360)”, *CCJC* n.º 82, enero-abril 2010, pp. 107-123; CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado...*, *op. cit.*, vol. II, p. 267; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), QUICIOS MOLINA, Susana y MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (coords.): *Tratado de Contratos*, IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 4.167; ALONSO LEDESMA, Carmen: “Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 41-55. Tras la LRLC, las posiciones doctrinales se alinean en una de las siguientes orientaciones: (a) los que reconocen eficacia en el concurso a la prenda de créditos futuros no inscrita, pero sólo respecto de los créditos nacidos antes de la declaración de concurso y, sin embargo, reconocen eficacia ilimitada a la prenda de créditos futuros inscrita (ALONSO LEDESMA, Carmen: “Créditos contra la masa...”, *op. cit.*; CARRASCO PERERA, Angel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa: “Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal”, *Diario La Ley* n.º 7727, 2 de noviembre de 2011; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La oponibilidad concursal y extraconcursal...”, *op. cit.*, pp. 84-87 y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La prenda registral sobre créditos futuros en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y en la Ley Concursal”, en LAUROBA LACASA, Elena (dir.), TARABAL BOSCH, Jaume (coord.): *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y perspectiva*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 384-385; GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La clasificación de créditos”, ponencia presentada en el III Congreso Español del Derecho de la Insolvencia: La Reforma de la Ley Concursal, Zaragoza, 5 al 6 de mayo de 2011, pp. 6 y ss., aunque con una opinión más matizada en GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Garantías reales”, *op. cit.*, p. 1.649; GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma...”, *op. cit.*, pp. 342-343 y MUÑOZ PAREDES, Alfonso:

los créditos nacidos post-concurso (aunque derivaran de obligaciones jurídicas pre-concursales) nacían en realidad en cabeza del deudor concursado (como bienes o derechos de la masa, por tanto) y no en cabeza del acreedor pignoraticio, lo cual conducía indefectiblemente a privar de eficacia a la prenda respecto de los créditos nacidos tras la declaración de concurso. En definitiva, la comisión quiso tomar partido por una de las tres soluciones clásicas en este debate: (a) mantener la eficacia de la prenda respecto de los créditos post-concursales; (b) excluir la eficacia de la prenda respecto de los créditos post-concursales; o (c) reconocer eficacia a la prenda de créditos futuros respecto de los créditos post-concursales si son simplemente futuros y negársela si son puramente futuros (en línea, por ejemplo, con la tesis defendida en la STS n.º 125/2008 de 22 de febrero de 2008, Sr. Montes Penades, RJ 2008/3048⁶³⁶ o la SJdM Las Palmas de Gran Canaria de 15 de septiembre de 2005⁶³⁷).

Aunque esta parecía ser la voluntad de la comisión especial, lo cierto es que la redacción contenida al respecto en el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010⁶³⁸ no pudo ser más desafortunada, porque lejos de contemplar la eficacia de la prenda sobre créditos futuros, se refirió a la eficacia de la prenda “*en garantía de*” créditos futuros (no por tanto a la prenda concedida por el luego concursado sobre sus créditos frente a terceros, sino a la prenda constituida por el concursado en garantía de sus deudas frente al acreedor pignoraticio): “*La prenda en*

Protocolo concursal, Navarra: Aranzadi, 2013, pp. 528-532) y (b) los que abjuran de cualquier interpretación “correctora” del inciso final del art. 90.1.6.º LC y no son capaces de abstraerse de su tenor literal (GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLOR, Eduardo y COLLDEFORNS PAPIOL, Eloi: “La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del art. 90.1.6.º de la Ley Concursal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, n.º 3, 2012; MIQUEL GONZÁLEZ, José María y GARCIMARÍN ALFÉREZ, Francisco: “El nuevo artículo 90.1.6º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 40, noviembre-diciembre 2001, p. 31 o PANTALEÓN PRIETO, Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: “El alcance...”, *op. cit.*, pp. 32 y ss.).

⁶³⁶ “Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en los que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión –según la opinión doctrinal que parece más fundada– “nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario”, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio [...] Esta interpretación estaría en concordancia con el tratamiento que para la prenda de créditos se delinea en el art. 90.6º (sic), inciso segundo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” (F.D. 3.º).

⁶³⁷ www.refor.org/boletines/sentencias/Las_Palmas15092005bis3.doc.

⁶³⁸ Publicado en la página web del Ministerio de Justicia y en *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 397-422. Uno de los miembros de la comisión admitió que la finalidad del inciso era clarificar la situación de las prendas de créditos futuros no inscrita u oculta, presuponiendo que la redacción anterior del art. 90.1.6.º LC atribuía eficacia ilimitada a la prenda de créditos futuros, lo cual no se compadece, desde luego, con la visión del Tribunal Supremo en la citada STS n.º 125/2008 de 22 de febrero de 2008 (ALONSO LEDESMA, Carmen: “Créditos contra la masa...”, *op. cit.*, p. 50).

garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso”. Con esa misma redacción, y tan solo un cambio de ubicación, se recogió en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal remitido a las Cortes el 18 de marzo de 2011⁶³⁹. Lejos de subsanarse este error inicial en el trámite legislativo, vino a consolidarse. Así, la enmienda n.º 189 del Grupo Parlamentario Catalán en el Parlamento da por sentada la interpretación literal del precepto, pese a criticarla severamente (impone “*un sacrificio desproporcionado, injustificado y contrario al espíritu de la reforma, que experimenta un acreedor beneficiario de una prenda que se vea obligado a continuar financiando al concursado con posterioridad a la declaración de concurso... en caso de que dicha prenda no gozara de privilegio especial*”), proponiendo aminorar su iniquidad, por una parte excluyendo de esta sanción legal a los créditos rehabilitados y, por otra, limitando su aplicación a los casos en los que el acreedor continúe financiando voluntariamente al concursado tras la declaración de concurso: “*La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la publicación de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 de la Ley se proceda a su rehabilitación o cuyo nacimiento no derive de la voluntad del acreedor pignoraticio*”⁶⁴⁰. De ahí pasa a la ponencia con competencia legislativa plena y a su redacción final en el BOE.

Aunque los antecedentes prelegislativos y legislativos son tercos, la doctrina ha hecho un esfuerzo por superar las nocivas consecuencias de la interpretación literal de la norma mediante tres teorías, en principio contrapuestas, pero que en última instancia conducen al mismo resultado de excluir la referida interpretación literal. Se ha tratado de recuperar la supuesta intención original de la norma (pese a los antecedentes prelegislativos y legislativos apuntados) para entender el precepto referido a la prenda sobre créditos futuros y no a la prenda en garantía de créditos⁶⁴¹. Se ha defendido una *interpretatio abrogans* ante la falta de sentido y motivo de la norma. Y se ha defendido

⁶³⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 119-1, 1 de abril de 2011.

⁶⁴⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 119-13, de 11 de julio de 2011, p. 87.

⁶⁴¹ CARRASCO PERERA, Angel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa: “Intangibilidad...”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal”, *Diario La Ley* n.º 7742, 23 de noviembre de 2011, pp. 8-10. GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La clasificación de créditos”, ponencia presentada en el III Congreso Español del Derecho de la Insolvencia: La Reforma de la Ley Concursal, Zaragoza, 5 al 6 de mayo de 2011, pp. 6 y ss. Véanse también el informe de la Confederación Española de Cajas de Ahorros sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal.

una interpretación analógica para aplicar el mismo trato a todos los acreedores post-concursales no voluntarios, ya sus créditos resulten de la rehabilitación del art. 68 LC, ya de un contrato pre-concursal que obliga al acreedor a seguir prestando con posterioridad al concurso⁶⁴².

Las resoluciones judiciales, mayoritariamente, han superado la interpretación literal para concluir que las prendas constituidas sobre créditos futuros (tanto simplemente futuros, como puramente futuros) sólo resisten al concurso en cuanto a los créditos generados antes de la declaración del concurso (SSAP Burgos n.º 413/2011 de 19 de diciembre de 2011, Secc. 3.ª, Sr. Barcalá Fernández de Palencia, AC 2012/249 y n.º 18/2012 de 18 de enero de 2012, Secc. 3.ª, Sr. Barcalá Fernández de Palencia, AC 2012/274; SAP Zaragoza n.º 541/2012 de 23 de octubre de 2012, Secc. 5.ª, Sr. Soane Prado, Roj SAP Z 2226/2012; SAP Valladolid n.º 180/2013 de 4 de julio de 2013, Secc. 3.ª, Sr. Sendino Arenas, JUR 2013\254330; SJdM n.º 1 Alicante n.º 210/2012 de 20 de julio de 2012, EDJ 2012/158841⁶⁴³ y SJdM n.º 2 La Coruña de 9 de septiembre de 2013, Roj SJM C 360/2013⁶⁴⁴); en las últimas dos sentencias, la prenda a la que se niega eficacia respecto de los créditos nacidos después de la declaración de concurso eran prendas sin desplazamiento inscritas –al contrario, nuevamente, de la redacción literal de los arts. 90.1.6.º *in fine* y 90.1.1º LC). En contra, haciendo una interpretación literal y afirmando que, pese al inciso último del art. 90.1.6.º LC, nuestro Derecho reconoce privilegio especial a los créditos garantizados con prenda de créditos futuros, aún no inscrita, con tal de que consten en documento fehaciente, la SAP Valencia n.º 132/2012 de 10 de abril de 2012, Secc. 9.ª, Sra. Martorell Zulueta, AC 2012\1794)⁶⁴⁵.

⁶⁴² MIQUEL GONZÁLEZ, José María y GARCIMARÍN ALFÉREZ, Francisco: “El nuevo artículo 90.1.6º...”, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁴³ Acaba negando el carácter privilegiado a la prenda sobre los créditos de la concursada nacidos tras la declaración del concurso (en la misma línea que la SJdM n.º 2 de Barcelona de 30 de septiembre de 2008 (JUR 2009/184954), aunque la nueva norma no era aplicable al caso puesto que el informe de la administración concursal se había emitido antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (Disposición Transitoria 4.ª Ley 38/2011).

⁶⁴⁴ “Es indiferente que las prendas se hallen inscritas en registro público con anterioridad a la declaración de concurso, porque el art. 90.1.6º se aplica a la prenda “en garantía de créditos futuros” y no sobre créditos futuros –no se aplica, por lo tanto, a este caso–. Es cierto que parte de la doctrina propone una interpretación correctora de este artículo. No obstante, la dicción clara de un precepto sólo podrá ceder cuando existan poderosas razones que aconsejen desviarse de su tenor literal y en este caso no las hay [...]. Ni de la tramitación parlamentaria ni de la lectura conjunta del precepto se infiere que nos encontremos ante un simple error del legislador que haya que subsanar mediante una interpretación correctora” (F.D. 7.º).

⁶⁴⁵ “[...] lo cierto es que los efectos del concurso de acreedores el legislador ha seguido manteniendo la especialidad para reconocer privilegio a la prenda de créditos futuros con la mera constancia en documento fehaciente. Ello se concluye de la actual redacción del precepto, pues si la prenda sobre créditos futuros se constituye antes de la declaración de concurso no requiere para surtir

Cualquiera que sea la interpretación más correcta del inciso final del art. 90.1.6º LC, lo que no hay duda es que no se aplica a los créditos futuros garantizados con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria.

1.1.3 Extensión sobrevenida de la cobertura hipotecaria bajo una hipoteca flotante después de la aprobación de los textos definitivos

Pero, ¿y si la extensión de la cobertura a un crédito no clasificado como privilegiado especial en la lista de acreedores se produce con posterioridad a la aprobación judicial de la lista (por ejemplo, por vía de su cesión al acreedor flotante)? ¿Prevalece la clasificación del crédito que resulta de la aprobación judicial o como privilegiado especial que resultaría sustantivamente del régimen de los arts. 89 a 93 de la LC?

Creo que es preciso defender que la aprobación definitiva de la lista de acreedores fija⁶⁴⁶, de manera definitiva, la clasificación del crédito de cara a las reglas aplicables a los derechos de asistencia y voto (arts. 118 y 122 LC), oposición a la aprobación (art. 128 LC) y efectos del convenio (arts. 134.1 y 136 LC). E igualmente a efectos de la liquidación y pago en fase de liquidación (arts. 154 y ss. LC) (todo ello a salvo de la posibilidad de modificación de los textos definitivos conforme al art. 97 LC a que me refiero posteriormente). Así, un crédito clasificado como ordinario en los textos definitivos tendrá derecho de voto, podrá oponerse a la aprobación del convenio y sufrirá la novación modificativa (en términos de quita y/o espera) que resulte para los créditos ordinarios del convenio que finalmente se apruebe. La circunstancia de que pudiera haber sido considerado crédito privilegiado especial (y, en consecuencia, quedar

efecto su reconocimiento como privilegio especial el de la inscripción en el Registro, sino que sólo se exige dicha inscripción para el supuesto en que el nacimiento del crédito garantizado sea posterior a la declaración del concurso, lo que constituye una excepción a la regla general y refuerza la tesis sostenida por esta sección en orden a que la falta de inscripción en el Registro de Bienes Muebles –per se- no priva de eficacia a la garantía objeto de controversia pues no tiene carácter constitutivo, sino de mera noticia o publicidad” (F.D. 5.º).

⁶⁴⁶

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El Proceso Concursal*, Madrid: Aranzadi, 2012 (1.ª ed.), pp. 511: “La inmodificabilidad de la lista de acreedores e inventario comportan el establecimiento de una base firme sobre la que desarrollar el resto de actuaciones del proceso [...]”. El AAP Madrid n.º 118/2012 de 9 de julio de 2012 (Secc. 28.ª) (Sra. Patiño Alves) (AC 2012/1374) sienta el criterio de que la falta de impugnación en tiempo y forma del inventario o la lista de acreedores impide plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos; no cabe pues en el concurso que, tanto de forma directa como indirecta, a través de una reclamación de cantidad, se pretenda la modificación de la lista de acreedores a fin de declarar la existencia de nuevos acreedores de la concursada, interesando luego la efectividad de la sentencia en el seno del procedimiento concursal (se refiere a un supuesto en el que la diligencia de ordenación de aprobación de los textos definitivos del informe, la lista de acreedores y el inventario se dictó el 3 de noviembre de 2011 y al que, por tanto no era de aplicación el art. 97 en la redacción dada por la LRLC, al que luego me refiero).

indemne a los efectos del convenio *ex art. 134.2 LC*) de habersele extendido la cobertura hipotecaria antes de la aprobación definitiva no permite aminorar el rigor de la afirmación anterior. Y ello incluso aunque tengamos que admitir que ese crédito ordinario novado de la forma establecida en el convenio aprobado quede garantizado con hipoteca. Esto último resulta de que no existe ningún precepto legal que permita la cancelación de la hipoteca flotante por el hecho de que uno de los créditos garantizados sea considerado ordinario. Ni procedería (desde luego) una cancelación total de la garantía existiendo otros créditos cubiertos por la hipoteca, ni tan siquiera habría base jurídica para una cancelación parcial (sólo de la parte de la responsabilidad hipotecaria atribuida al crédito en cuestión). Pues mientras que la Ley contempla expresamente la cancelación de las garantías “*de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél [acreedor considerado como especialmente vinculado en la lista que no impugna en tiempo y forma] fuera titular*” (art. 97.2 LC), no existe ninguna regla similar respecto de los créditos ordinarios (ni, dicho sea de paso, respecto de cualesquiera créditos subordinados distintos de los de las personas especialmente vinculadas). Esa cancelación se contempla en la Ley únicamente respecto de los créditos de los acreedores calificados en la lista como especialmente vinculados (o que resulten con dicha calificación en las impugnaciones a que se refiere el art. 96 LC o de las comunicaciones tardías efectuadas concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos) que no hayan impugnado en tiempo y forma dicha calificación⁶⁴⁷.

Por tanto, cualquier crédito llamado a quedar garantizado por la flotante que haya quedado efectivamente amparado por la hipoteca (por ejemplo, por vía de cesión al acreedor hipotecario) con posterioridad a la aprobación definitiva de la lista de acreedores debe mantener su calificación en los textos definitivos, y sufrir la quita y/o la

⁶⁴⁷

No existe en la LC sanción expresa sobre la calificación que debe darse a un crédito que es simultáneamente privilegiado y subordinado. Del art. 97.2 LC, que ordena al juez dictar auto declarando extinguidas las garantías constituidas a favor de los créditos del acreedor calificado como “*especialmente relacionado con el deudor*” (una vez agotada la posibilidad de impugnación de dicha calificación), parece desprenderse (no sin dificultades) que esa pugna ha de resolverse en favor de la calificación como subordinado, pese a que durante la génesis de la LC algunas voces autorizadas clamaron por la solución contraria (o sea, la declaración del carácter privilegiado especial del crédito con garantía real, aunque su titular fuera persona relacionada con el deudor) o, al menos, la exclusión del automatismo con el que opera el art. 97.2 LC (véase al respecto el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 8 de noviembre de 2001, apartado IV, 1, artículo 91; ALONSO LEDESMA, Carmen: “La clasificación de los créditos en el concurso” en AA. VV.: *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid: Ed. Dilex, 2002, pp. 198-204 o VEIGA COPO, Abel: *Los privilegios concursales*, op. cit., p. 86-87).

espera que pudiera acordarse en el convenio, si bien mantendrá la garantía hipotecaria. Eso sí, el bien hipotecado no se considerará, sólo por esa circunstancia, afecto a créditos por privilegio especial y de ahí que estará plenamente disponible (siempre que no sirviera para cubrir otros créditos sí reconocidos como privilegiados especiales) para atender créditos contra la masa y, una vez atendidos, los créditos con privilegio general, los ordinarios y los subordinados, por su orden (arts. 154, 156, 157 y 158 LC).

Debe tenerse en cuenta que en el escenario de liquidación, el art. 149 LC prescribe la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas en favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al art. 90 LC en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva. Por tanto, si se abre la liquidación, se podrá cancelar (parcialmente, en su caso) la hipoteca respecto de cualquier crédito concursal que no haya merecido la clasificación de crédito con privilegio especial. La cancelación no procederá respecto de los créditos garantizados que no sean concursales o los concursales que hayan sido clasificados con privilegio especial. Si se mantiene en ese momento la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante y quedan amparados por la hipoteca créditos concursales garantizados con privilegio especial, créditos contra la masa y créditos concursales sin privilegio especial, no procederá la cancelación parcial de la flotante (pues el 100% de la responsabilidad hipotecaria garantiza cualquiera de los créditos concursales con privilegio especial o los créditos contra la masa, respecto de los que no procede tacha o sanción alguna). Lo que procede, simplemente, es la declaración judicial que excluye de la cobertura hipotecaria a los créditos concursales sin privilegio especial.

Por otra parte, no se admitirá la ejecución separada respecto de cualquier crédito concursal incluido en la cláusula de globalización que merezca la clasificación de privilegiado especial, cuando no se haya promovido la ejecución respecto de ese crédito antes del concurso (art. 57.3 LC), incluso aunque sí se hubiera iniciado antes del concurso la ejecución parcial de la hipoteca flotante respecto de otro de los créditos garantizados⁶⁴⁸

⁶⁴⁸ A los efectos de la suspensión de ejecución prevista en los arts. 55 y 56 LC, debe entenderse que se ha iniciado el procedimiento de ejecución cuando se ha presentado la demanda ejecutiva (art. 685 LEC) o se haga el requerimiento al notario (art. 236 RH) (en caso de venta notarial) (aunque no se haya proveído la demanda o practicado por el notario diligencia alguna) sin que tengan tal carácter los actos preparatorios, como el requerimiento notarial de pago del art. 686.2 LEC o la

La realización del bien hipotecado, cuando no proceda la ejecución separada, se hará dentro de la liquidación, ya sea en el marco de un plan de liquidación aprobado conforme al art. 148 LC o, en su defecto, siguiendo las reglas del art. 149 LC. Si se opta por la venta del bien hipotecado aisladamente o con otros activos del concursado, con lo obtenido (el precio de venta del bien, o la parte proporcional del precio obtenido por la realización del conjunto de activos que corresponda al bien hipotecado, cuando se haya enajenado con otros bienes) deberá pagarse el crédito garantizado con la hipoteca (art. 155.1 LC), y esta realización dará lugar a la cancelación de la hipoteca (sin perjuicio de que, por la parte del crédito hipotecario no satisfecha, ostentará el acreedor flotante un crédito dentro de la masa pasiva, con la calificación que le corresponda). En tanto que si se opta por la realización del bien hipotecado (sólo o con otros activos) con subrogación del adquirente en el crédito hipotecario (que quedará por tanto excluido de la masa pasiva), *“debe entonces entenderse que se hizo “con subsistencia del gravamen”, conforme al apartado 3 del art. 155 LC, por lo que no cabe acordar su cancelación”*⁶⁴⁹. Esta postura es congruente con el cambio de paradigma que supuso la regla de la universalidad del régimen concursal (art. 76 LC) por oposición al anterior derecho de quiebras. En el concurso, no sólo es preciso que el acreedor real tenga perfectamente constituida la garantía real conforme a su régimen legal extraconcursal aplicable, sino que es necesario que sea reconocido como acreedor con privilegio especial⁶⁵⁰.

Resulta relevante, a este respecto, la regulación que la LRLC introduce en el art. 97 LC (mediante la adición de los apartados 3 y 4) para permitir un reconocimiento intempestivo de créditos, tras la aprobación de la lista de acreedores *“definitiva”*⁶⁵¹. El apartado 3 regula los supuestos (*“además de en los otros supuestos previstos en esta ley”*) en los que, se admite la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores y la regla entonces aplicable: *“Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación*

liquidación del saldo derivado de operaciones formalizadas en escritura pública o póliza intervenida del art. 572.2 LEC (VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “El tratamiento del acreedor hipotecario...”, *op. cit.*, p. 425; CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 95).

⁶⁴⁹ STS n.º 491/2013 de 23 de julio de 2013 (Sr. Sancho Gargallo) (RJ 2013/5203). Ídem, GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Pago de créditos con privilegio, especial y general” en AA. VV.: *La liquidación concursal*, Madrid: Aranzadi, 2011 (1.ª ed.), p. 338.

⁶⁵⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “El tratamiento del acreedor hipotecario...”, *op. cit.*, pp. 419-420; HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: “Realización del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁶⁵¹ Opción de política legislativa criticada en GALLEGOS SÁNCHEZ, Ana María: “La formación de la masa pasiva” en en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 378.

que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1º”.

Por tanto, si el crédito que se integra sobrevenidamente en la hipoteca flotante tras la aprobación de los textos definitivos tiene cabida en alguno de estos supuestos (no será fácil, pues todos ellos tienen un cierto carácter extraordinario y se basan en una declaración judicial o administrativa recaída fuera del concurso en la que se afirma un crédito que debió reconocerse en la lista de acreedores⁶⁵²), podrá admitirse su reclasificación en crédito con privilegiado especial. Podría pensarse inicialmente que el supuesto 2.º puede tener uso en relación con una flotante a favor de administraciones públicas, pero es una conclusión precipitada, porque como se expuso en el Capítulo I, esta modalidad de hipoteca no admite, al contrario que la flotante bancaria, la cobertura de créditos futuros (que habrían de ser los que resultaran de un procedimiento de comprobación o inspección que se “inicie” tras la presentación del informe inicial de la administración concursal o de los textos definitivos).

Por su parte, el art. 97.4 LC establece las reglas de clasificación del crédito, en los casos en los que “*proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores*”. Al margen de otros supuestos que no serían de aplicación al caso planteado, se contemplan en este apartado tanto la sustitución del acreedor por pago del avalista, fiador o deudor solidario como la sustitución del acreedor inicial por una persona especialmente relacionada con el concursado (cualquiera que sea el negocio que a ello conduzca). En ambos casos, en la clasificación del crédito se optará por la menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor inicial y al final (arts. 97.4.3º que remite al art. 87.6, y art. 97.4.4º LC). Lo más relevante es que el apartado 5.º del art. 97.4 introduce una cláusula de cierre que obliga a mantener la clasificación correspondiente al acreedor inicial indicada en la lista de acreedores “*fuera de los casos anteriores*”.

Por tanto, el crédito clasificado en los textos definitivos como ordinario o como

⁶⁵² “1.º Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis; 2.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos; 3.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal; 4.º Cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía”.

subordinado que viene a quedar cubierto por la flotante con posterioridad en razón de alguno de los dos supuestos potencialmente aplicables del art. 97.4.3º LC (subrogación por pago del avalista, fiador o deudor solidario, que goce de hipoteca flotante respecto de su derecho de regreso o cuando la flotante cubra créditos de la misma naturaleza que el crédito inicial adquiridos derivativamente –en particular, por subrogación por pago– por el acreedor hipotecario flotante) o del art. 97.4.4º (sustitución de un acreedor inicial por una persona especialmente relacionada que goce de hipoteca respecto de créditos de la misma naturaleza que el crédito inicial), mantendrá la clasificación inicial, puesto que en ambos casos se establece la regla de que se aplica la clasificación más beneficiosa para el concurso, que siempre será la inicial. Igualmente, si ninguno de dichos supuestos es de aplicación, no procederá modificación alguna de la clasificación inicial como crédito ordinario o subordinado, porque la cláusula de cierre del art. 97.4.5º LC impide cualquier variación de la clasificación inicial.

Con anterioridad a la LRLC y pese a la línea en la que apuntaba el art. 87.6 LC, se había defendido que el crédito del fiador frente al deudor concursado derivado del pago de la obligación debería clasificarse como privilegiado especial si el fiador gozaba de hipoteca sobre los bienes del concursado, aunque el crédito pagado careciera de garantía real y, por consiguiente, hubiera sido clasificado como privilegiado general, ordinario o incluso subordinado, salvo que el fiador tuviera precisamente la condición de persona especialmente relacionada con el deudor⁶⁵³. La razón que se alegaba era, fundamentalmente, que el tercero que, para constituirse en fiador del deudor luego concursado había exigido hipoteca sobre los bienes del deudor no debería estar en peor condición, cuando en efecto cumplía con su obligación de fianza y abonaba la deuda avalada del concursado, que el acreedor que le ofrecía crédito directo al concursado con garantía real. En mi opinión, la nueva redacción del art. 97.4.3º LC no hace indefendible esa tesis, siempre que el acreedor real haya oportunamente insinuado su derecho de regreso como contingente. Recordemos que la jurisprudencia sostiene un

⁶⁵³ “[...] en opinión de este juzgador la acción de regreso [...] con garantía real conserva su carácter privilegiado, ya tenga lugar por reembolso (art. 1838 CC), ya por subrogación (art. 1839). En efecto, mediante el reembolso se ejercita una acción propia y distinta de las que pertenecían al acreedor principal, por lo que no hay motivo para desvestirla de las garantías anejas, y en lo tocante a la subrogación, el hecho de que por la misma se transmitan al subrogado los derechos y acciones que tenía el acreedor principal por virtud del préstamo, no implica que pierda las que por derecho propio motivo le asisten por la hipoteca de máximo sobre la nave de la concursada. No existiendo vínculos de subordinación entre las partes del contrato de fianza no hay razón para justificar a quien se ha preocupado de reforzar su derecho de regreso con una garantía real” (SJdM n.º 1 de Oviedo de 25 de mayo de 2011, AC 2011/1978).

doble recurso del fiador frente al deudor por el pago, a saber, la acción de reembolso o regreso y la acción por subrogación. El nuevo art. 97.4.3.º LC puede en efecto “enturbiar” la clasificación como privilegiado especial del crédito del fiador por subrogación, pero nada arbitra sobre la acción de regreso.

Por tanto, se puede concluir que la extensión posterior a la aprobación de los textos definitivos de la cobertura hipotecaria de una hipoteca flotante a un crédito clasificado como privilegiado general, ordinario o subordinado en los textos definitivos no atribuirá a dicho crédito la condición de privilegiado especial más que en el caso (improbable) que la extensión de la hipoteca tenga cabida en alguno de los supuestos indicados en el art. 97.3 LC o cuando, siendo de aplicación el supuesto del art. 97.4.3.º (pago de una deuda del concursado avalada por el acreedor flotante), el acreedor flotante haya oportunamente insinuado su derecho de regreso o reembolso para el caso del pago al acreedor afianzado⁶⁵⁴.

1.2 Rescisión concursal de una hipoteca flotante

1.2.1 Introducción: la rescisión concursal y las garantías reales

La hipoteca flotante no es inmune, como cualquier otra hipoteca, al ejercicio de las acciones rescisorias concursales del art. 71 LC y, singularmente, a las que se articulen sobre la presunción *iuris tantum* de prejudicialidad que resulta del art. 71.3.2º LC.

La jurisprudencia había venido teniendo en cuenta dos grandes parámetros de análisis del concepto de “*acto perjudicial*” o “*perjuicio a la masa activa*”, al margen de las presunciones legales establecidas en el art. 71: por un lado (i) la valoración de la equivalencia entre las prestaciones, con el fin de apreciar minoraciones del activo patrimonial de la concursada originadas por el acto controvertido (perjuicio en sentido estricto o directo); y (ii) por otro lado, el análisis del perjuicio en sentido amplio, que tiene en cuenta más elementos que el análisis anterior, fundamentalmente la consideración de si el negocio analizado perturbó o perjudicó el cumplimiento de las reglas concursales en torno a la prelación de los distintos créditos, perjudicó la viabilidad empresarial del deudor o la posibilidad de alcanzar un convenio con los

⁶⁵⁴ En el mismo sentido, ANTÓN GUIJARRO, Javier: “El crédito garantizado con hipoteca...”, *op. cit.*, p. 119.

acreedores (perjuicio genérico o indirecto)⁶⁵⁵.

Mientras que, en el primer caso la jurisprudencia tiene por rescindibles determinados actos si “*tras cotejar el valor patrimonial del activo que sale de su patrimonio con el valor patrimonial de la contrapartida recibida*”⁶⁵⁶, se aprecia una minoración del activo patrimonial o neto patrimonial, o “*reducción del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores, provocando que la cuota de satisfacción de los acreedores ordinarios sea menor*”⁶⁵⁷, en el segundo caso, el “*perjuicio amplio o genérico*” se aprecia en los negocios que, por sus particulares circunstancias, impidan, disminuyan o dificulten la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, o que alteren el principio de la *pars conditio creditorum*. En este último caso, se considera perjudicial un acto cuando “*por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada*”⁶⁵⁸ o cuando “*el acto o negocio cuestionado*

⁶⁵⁵ Vid. LEÓN SANZ, Francisco José: “Acciones de reintegración (art. 71)” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Angel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, 2004, pp. 1.307-1.308; HERRADOR MUÑOZ, Alicia: “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”, *RDGP* n.º 3, 2005, p. 172; SANCHE GARGALLO, Ignacio: “Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal”, *RJC* n.º 4, vol. 103, 2004, pp. 174-175; ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: “El perjuicio en la acción rescisoria concursal”, *ADCo* n.º 10, enero-abril, 2007, pp. 25, 43-46 y AZOFRA VEGAS, Fernando: “Reestructuración de deuda: la transmisión de activos”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* n.º 50, diciembre de 2008, pp. 28 y ss.

⁶⁵⁶ SJdM n.º 1 de Alicante de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1086). En la SJdM n.º 1 de Alicante de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/325053) se afirma que “[...] *este aquel perjuicio se aprecia no solamente atendiendo al activo (visión estricta) sino también atendiendo al conjunto de los acreedores, como se deduce del art. 71.2.2º y del 71.3.2º, dando entrada al principio de paridad de trato (visión amplia)*”. Ídem SAP Alicante de 22 de octubre de 2008 [*ADCo*, 16 (2209)].

⁶⁵⁷ SJdM de Palma de Mallorca de 26 de febrero de 2007 (JUR 2008/62906).

⁶⁵⁸ SAP Barcelona de 27 de enero de 2011 (Secc. 15.ª) (Sr. Garrido Espá) (La Ley 47062/2011). En el mismo sentido, SAP Asturias de 15 de julio de 2010 (Secc. 1.ª) (Sr. Antón Guijarro) (JUR 2010/296297): “*En este punto, y siguiendo el criterio apuntado por las SSAP Barcelona, Secc. 15ª de 8-1-2009 y 13-1-2010, cabe admitir que el pago de una obligación ya vencida y exigible realizado por el deudor fallido a uno de sus acreedores con anterioridad a la declaración de concurso puede tenerse como perjudicial cuando suponga un sacrificio patrimonial injustificado, lo que así ocurriría cuando se traduzca en una indebida alteración de la par conditio creditorum (repárese en que el art. 71-2 in fine L.C. permite aplicar un concepto amplio del concepto de “perjuicio”, comprensivo también de la lesión en la masa pasiva donde reside la par conditio creditorum) en tanto que trato de favor injustificado a ese acreedor que ve satisfecho su crédito de manera preferente frente al resto de acreedores concurrentes que acuden al concurso y cuya expectativa de cobro se ve disminuida ante una masa activa menguada precisamente por dicho acto de disposición patrimonial*”; SAP Barcelona de 13 de enero de 2010 (Secc. 15.ª) (Sr. Sancho Gargallo) (AC 2010/d324): “*Más controvertido resulta apreciar el perjuicio en el caso de que los pagos hubieran sido de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de*

concurso, pues aunque, en principio, todos estos pagos constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar "injustificado" este sacrificio patrimonial, presupuesto necesario para que exista perjuicio para la masa. La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la *par condicio* (sic) *creditorum*, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009 (AC 2009, 1180) (Roj SAP B 1810/2009), donde argumentábamos que en estos casos el perjuicio "se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada", F.D. 4.º; SAP de Vizcaya de 14 de octubre de 2010 (Secc. 4.ª) (Sra. Castresana García) (AC 2010/1786): "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; SAP de Valladolid de 15 de octubre de 2009 (Secc. 3.ª) (Sr. Sanz Cid) (JUR 2009, 468431): "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales"; SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Secc. 28.ª) (Sr. García García) (AC 2009/201): "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultados de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n.º 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n.º 1 del mismo precepto legal. Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores"; SAP Valencia de 12 de octubre de 2011 (Secc. 9.ª) (Sra. Gaitón Redondo) (AC 2012/122), SAP n.º 137/2009 de Gerona de 20 de marzo de 2009, Secc. 1.ª, (Sr. Lacaba Sánchez) (AC 2009/1603), SAP n.º 408/2008 de Vizcaya de 12 de junio de 2008, Secc. 4.ª (Sr. Herbosa Martínez) (AC 2008/2360), SAP n.º 134/2009 de Castellón de 27 de abril de 2009, Secc. 3.ª (Sr. Bardón Martínez) (La Ley 100515/2009) y SJdM n.º 3 de Pontevedra de 28 de enero de 2011 (La Ley 14218/2011) y, más recientemente, la STS 652/2012 de 8 de noviembre de 2012 (Secc. 1.º) (Sr. Gimeno Bayón-Cobos) (RJ 2013/901): "Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración [...], pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la *par condicio creditorum* (paridad de trato de los acreedores). En definitiva, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la de patrimonio del deudor de la de la masa activa, ya que la ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor, sino de los que perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido,

atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa”⁶⁵⁹.

La jurisprudencia, descontenta tanto con la acepción estricta de perjuicio como con la amplia, “viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede [...] cuando se acuña el concepto de “sacrificio patrimonial injustificado” como exigencia adicional para la apreciación del perjuicio” (SAP Pontevedra n.º 251/2013 de 31 de mayo de 2013, Secc. 1.ª, Sr. Pérez Benítez, JUR 2013/219978)⁶⁶⁰. En efecto, desde la SAP Barcelona n.º 58/2009 de 6 de febrero de 2009, Secc. 15.ª, Sr. Sancho Gargallo, JUR 2009/172445, se

*sentencias [del Tribunal Supremo] 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 217 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril”, F.D. 2.º). Entre la doctrina, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Comentario sobre el art. 71”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, p. 852, que también destaca que el acto “seguirá siendo impugnabile aún en el supuesto de que se acreditara que fue otorgado en momento aún de prosperidad y anterior a la precipitación de la ruina del concursado”.*

⁶⁵⁹ SAP Córdoba de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008/143). En términos parecidos, y mucho más reciente, la STS de 26 de octubre de 2012 (Secc. 1.ª) (Sr. Sancho Gargallo) (RJ 2012/10415) comentada en NIETO DELGADO, Carlos: “STS de 10.10.2012: “fiat justitia et pereat mundus”, *El Economista*, Iuris&Lex, 15 de marzo de 2013, pp. 11-12. El TS parece primero apartarse de esa asentada confusión entre “acto perjudicial” y “lesión a la par conditio”: “*Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles*”. Recuerda a continuación la tesis de la STS de 27 de octubre de 2010 (Secc. 1.ª) (Sr. Corbal Fernández) (RJ 2010/7608) de que cabe equiparar “perjuicio” con “[...] “sacrificio patrimonial injustificado”, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación” y de ahí que afirme que “en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa”. Pero, pese a todo ello, vuelve al principio al afirmar: “ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum” y acaba por reintegrar un pago (no menor) realizado al acreedor instante del concurso necesario efectuado después de la solicitud, pago comunicado al juzgado al tiempo del desistimiento, al que sigue en menos de dos meses solicitud de concurso por el propio deudor que se considera necesario en base al art. 22.2 LC (todo ello pese a tratarse de pago de un crédito vencido, líquido y exigible, perfectamente encuadrable en la actividad normal del concursado y sin que constara no corresponder a condiciones de mercado).

⁶⁶⁰ En este sentido, SANCHO GARGALLO, Ignacio: “La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración”, ponencia presentada en las XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado (*La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*), Madrid, 23 y 24 de noviembre de 2011 [en línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF> [consulta: 19 de noviembre de 2013], pp. 4-6.

ha hecho hincapié en el celebrado concepto del “*sacrificio patrimonial injustificado*” que el acto comporta para el deudor luego concursado (y, por ende, para la masa activa del concurso). Y para enjuiciar ese elemento, se propone analizar “*el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva*”, o sea, “*si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha*” (STS 652/2012 de 8 de noviembre de 2012, Secc. 1.º, Sr. Gimeno Bayón-Cobos, RJ 2013/901, F.D. 2.º)⁶⁶¹.

1.2.2 La particular resistencia de la hipoteca flotante ante las acciones rescisorias concursales

Sin embargo, el hecho de que una hipoteca flotante o global pueda servir para garantizar créditos surgidos mucho después de su constitución determinará, en muchos casos, que la constitución de la hipoteca quede más allá del periodo sospechoso de dos años desde la declaración de concurso en el que cabe el ejercicio de las rescisorias concursales y de ahí que, incluso aunque la constitución de la hipoteca no sea contextual al nacimiento del crédito, el acto de constitución de la hipoteca no sería *per se* atacable a través de la rescisoria concursal por encontrarse fuera del periodo sospechoso⁶⁶².

La presunción relativa del art. 71.3.2º LC precisamente quiere combatir supuestos de superposición no contextual de garantías reales. Cuando la garantía real es coetánea al nacimiento del crédito, asume el legislador que el perjuicio que para el deudor supone la garantía real (en términos de afección real de una parte de su patrimonio a beneficio exclusivo de ese acreedor; pérdida de “liquidez” del activo gravado, etc.) se ha visto

⁶⁶¹ MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas...”, *op. cit.*, p. 115 apuntando como argumento fundamental la seguridad jurídica. Se apela a la inconsistencia de infraponer el valor que la constitución de las garantías puede haber aportado al deudor al tiempo de la operación si se enfatiza la consideración del efecto sobre la masa pasiva en CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía...*, *op. cit.*, pp. 362 y ss.: “[...] es el entero negocio, no la garantía, lo que ha de ser perjudicial y ha de serlo en referencia temporal al momento en que el negocio fue constituido”. En este mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, José: “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4.221 y en esta misma obra colectiva GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “La acción rescisoria concursal”, pp. 4.128.

⁶⁶² Se enfatizan las bondades de la hipoteca flotante respecto del riesgo de rescisión concursal en GÁLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma...”, *op. cit.*, pp. 330-336: “[...] las disposiciones efectuadas en base a una hipoteca global nunca podrán rescindirse al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal, en la medida en que no se trata de constitución de nuevas garantías, ni de sustitución de otras anteriores” (generalización esta última inapropiada, en mi opinión, como expondré en las páginas siguientes).

adecuadamente compensada con la ventaja que le otorga el crédito. Y al contrario: cuando la garantía real se superpone posteriormente, intempestivamente, presume (*iuris tantum*) el legislador que no se concede al deudor una ventaja que justifique el perjuicio que subyace en la concesión de la garantía real. La contextualidad impide, entre otras cosas, que se ataque la garantía real dejando subsistente el crédito garantizado, como con acierto declara la SJdM n.º 1 Oviedo de 18 de febrero de 2010 (AC 2010/525): *“Admitir la rescisión aislada de la garantía constituida de forma simultánea al contrato garantizado supone atacar los elementos esenciales del mismo (artículos 1261 y siguientes del Código civil), novándolo, quebrando su causa económica y el consentimiento dado por el acreedor, pues es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecidas las garantías, no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones gravosas”*. En la hipoteca global ocurre frecuentemente exactamente lo contrario: el gravamen se anticipa al crédito. La garantía real es no contextual pero, en lugar de ser posterior al crédito, es anterior.

Ello puede permitir a la administración concursal cuestionar la hipoteca al amparo de la presunción *iuris et de iure* de los negocios gratuitos del art. 71.2 LC para el caso de que la constitución de la garantía se encuentre dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, especialmente si no se ha puesto a disposición crédito alguno a favor del deudor. Ya hemos señalado que lo normal en la constitución de una hipoteca global es que sobrevenga al mismo tiempo que se concierta el primer negocio del que resulta crédito cubierto por la hipoteca (el llamado *“crédito de arranque de la flotabilidad”*). De ser así, la garantía hipotecaria sería contextual en relación con ese crédito de arranque de la flotabilidad (y, por tanto, no afectado por la presunción absoluta de negocios gratuitos, ni la relativa del 71.3.2º LC), pero no contextual respecto del ulterior crédito que queda cubierto hipotecariamente merced a la cláusula de globalización. Si se ha concedido efectivamente crédito (ya crédito de arranque de la flotabilidad, ya crédito ulterior), difícilmente se podrá mantener el carácter gratuito de la constitución de la hipoteca. Pero incluso si no ha surgido (por el momento) crédito llamado a quedar cubierto, no debería merecer la constitución de la hipoteca tacha al amparo de la presunción absoluta de los negocios gratuitos del art. 71.2, dado que la causa de ese negocio no habrá sido de ordinario la mera liberalidad: el deudor constituyó la hipoteca flotante en la creencia (y en la expectativa) de que eso propiciaría la puesta a disposición de crédito por el acreedor flotante. Que ese cálculo haya

resultado (por el momento) errado no convierte la constitución de la hipoteca en una mera liberalidad, ni la hace gratuita. Dicho lo anterior, es obvio que si *de facto* no ha surgido en ningún momento crédito a favor del deudor cubierto por la garantía, la administración concursal puede encontrar con la ventaja que supone la presunción absoluta del art. 71.2 LC. Será el acreedor flotante quien tendrá que demostrar que, pese a que no se ha extendido crédito a favor del deudor, la constitución de la garantía no fue un acto gratuito. Defiendo (como se señaló en el Capítulo IV) que el hipotecante tiene derecho a resolver pro futuro la hipoteca global en cualquier momento si no existe crédito cubierto y la generación de nuevo crédito llamado a quedar amparado hipotecariamente depende de una declaración negocial por su parte que puede excluir de forma irrevocable.

La demanda de rescisión de la hipoteca global amparada en el art. 71.2 LC se antoja una ruta más conveniente para la masa que la simple resolución “pro futuro”. Y ello porque puede trasladar al acreedor flotante responsabilidad de restituir “*los daños y perjuicios causados a la masa activa*” (art 73.2 LC) si fuera considerado de mala fe⁶⁶³, entre los que bien puede encontrarse los gastos e impuestos satisfechos en la constitución o los que resulten de la rescisión y cancelación de la garantía. Para el caso de que sea considerado de buena fe, se ha afirmado que la mención en el art. 73.1 LC a los “*frutos e intereses*” como corolario de la declaración de ineficacia del acto impugnado y de la condena a la “*restitución de las prestaciones*” también puede abarcar la condena al tercero al resarcimiento a la masa de los gastos del negocio rescindido⁶⁶⁴ invocando para ello la SAP Córdoba n.º 223/2007 de 21 de noviembre de 2007, Secc. 3.ª (Sr. Vela Torres) (AC 2008/143). Sin embargo, esta sentencia contempla en realidad el supuesto contrario, esto es, la necesidad de que la masa abone, de forma simultánea a la restitución a cargo del tercero de buena fe, los gastos del negocio rescindido soportados por el tercero, sobre la base de la aplicación a la rescisión concursal de lo dispuesto en los arts. 1.295, 1.303, 453 y 454 CC⁶⁶⁵. No comparto por ello el criterio de

⁶⁶³ Que se define como la adición de un particular dolo en la conducta negocial del tercero afectado por el acto luego rescindido, que ha intervenido en él conociendo que está participando en un acto destinado a causa perjuicio a los acreedores de la contraparte en ese negocio (*vid.* SAP de Alicante n.º 221/2008 de 10 de junio de 2008, Secc. 8.ª, Sr. Soler Pascual, JUR 2009/18076).

⁶⁶⁴ RIBELLES ARELLANO, José María: “Las acciones de reintegración” en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 339-340

⁶⁶⁵ F.D. 3.º de la SAP Córdoba n.º 223/2007 de 21 de noviembre de 2007, Secc. 3.ª (Sr. Vela Torres) (AC 2008/143): “[...] *ni la Ley Concursal ni la legislación civil general en materia rescisoria (artículo 1.295 del Código civil) dan respuesta expresa al problema de si los gastos propios de la operación rescindida deben tener, respecto de la restitución, el mismo carácter que los frutos y*

que se pueda repercutir al acreedor de buena fe los gastos e impuestos soportados por el concursado en la celebración del negocio luego rescindido, ni en la resolución.

Se plantea, en este contexto, el debate de qué tratamiento debe merecer una flotante constituida hace más de dos años del concurso que, sin embargo, viene posteriormente a garantizar (dentro del periodo sospechoso) “*obligaciones preexistentes*” (se entiende, no garantizadas o infragarantizadas) “*o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*”. Entiendo que aplicará la presunción de perjuicio, y se podrá atacar la hipoteca (o mejor dicho, la cobertura hipotecaria) respecto de una obligación que surgió como no garantizada (o infragarantizada) y, posteriormente, viene a quedar cubierta por la hipoteca flotante (por ejemplo, por cesión de una obligación surgida en cabeza de tercero al acreedor hipotecario, contemplándose expresamente en la hipoteca flotante la cobertura de obligaciones en favor del acreedor hipotecario derivadas de cesión o subrogación en derechos de terceros).

Un caso que no ofrecería duda (de posible rescindibilidad, por caer de lleno en la presunción relativa del art. 71.3.2º LC) sería aquél en el que un crédito hasta entonces no garantizado se cubre con una hipoteca flotante constituida dentro de los dos años de período sospechoso.

Pero también (aunque se ve menos intuitivamente) cuando se cede al acreedor hipotecario dentro de los dos años de sospecha un crédito antes no garantizado que, en virtud de la cláusula de globalización, viene a quedar amparado por una hipoteca flotante constituida hace más de dos años, por ejemplo, cuando la hipoteca cubre créditos cedidos al acreedor hipotecario (surgidos, por tanto, en cabeza de terceros)⁶⁶⁶. La rescindibilidad entonces, ¿afecta a la hipoteca, al carácter privilegiado del crédito o a la cesión?

Asumiendo que el cesionario actúe por cuenta e interés propio en el negocio de cesión, éste parece difícilmente atacable. Si adquiere de una persona relacionada,

rentas en sentido estricto. En los casos de rescisión en que el contratante no es calificado como de mala fe, la doctrina civilista mayoritaria considera que son de aplicación los artículos 453 y 454 del Código Civil [...]; solución que desde el punto de vista de justicia material, también parece aplicable a la rescisión concursal, al no existir prohibición legal en contrario y ser el régimen del artículo 73.3 de la Ley Concursal básicamente asimilable a lo previsto en los artículos 1.295 y 1.303 del Código Civil”.

⁶⁶⁶

En contra, DÍAZ VALES, Fernando: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010), pp. 285-286, con el argumento de que la presunción se refiere únicamente a la “*constitución*” de la garantía real, por lo que si esta está más allá del plazo de los dos años, no juega la presunción.

contará con la desventaja de la presunción del art. 93.3 LC, pero ni siquiera esta circunstancia expone al negocio de cesión del crédito al riesgo de impugnación por aplicación de la presunción relativa del art. 71.3.2º LC si el acreedor flotante actúa por cuenta e interés propio (y no como testaferro o persona interpuesta del cedente): el cesionario no tiene responsabilidad alguna en la aplicación sobrevenida de la presunción de prejudicialidad, ni debe quedar expuesto a la rescisión de un negocio en el que el deudor no es parte. Además, el crédito puede haber surgido en manos de ese cedente o de un tercero más allá del periodo sospechoso.

También sería discutible que se rescindiera el carácter privilegiado del crédito, dado que esa es la consecuencia legal (obligada) en el caso de un crédito asegurado con hipoteca (art. 90.1.1º LC, a salvo en todo caso de la clasificación del crédito en cuestión).

Y la rescisión de la hipoteca, si está más allá del periodo de sospecha, también se antoja imposible. O incluso si, habiendo sido constituida en el periodo sospechoso, asegura otras obligaciones respecto de las que no concurre ninguna tacha de prejudicialidad (habida cuenta de la indivisibilidad de la hipoteca).

Ante estas dificultades, se puede llegar a caer en la melancólica aceptación de la plena inmunidad de este negocio frente a la rescisión concursal, considerando que la única vía de actuación posible sería un declarativo⁶⁶⁷. Y ello incluso en el caso de que el

⁶⁶⁷ CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 5. Como la iniquidad de la situación les parece inaceptable acaban recomendando, como mecánica de justicia material, que la administración concursal califique el crédito como ordinario al tiempo de la formación de la lista de acreedores. Esta solución se enfrenta, a mi juicio, a la objeción de que, o se hace uso de las presunciones de prejudicialidad en el marco del incidente concursal del art. 71 y ss. LC, o se hace muy difícil para la administración concursal calificar como ordinario un crédito que se beneficia de hipoteca inscrita y ello aunque la inclusión del crédito concreto en la cesta no tenga que resultar necesariamente del registro (dada la particular fórmula de integración extrarregistral de la garantía que juega, en ocasiones, en la hipoteca flotante). ¿En base a qué argumento califica la administración concursal como ordinario el crédito si le consta que está cubierto por la hipoteca porque el registro así lo publicita (porque, desde la constitución de la hipoteca, se previó expresamente en la escritura la cobertura de ese crédito para el caso de que fuera cedido al acreedor hipotecario o porque el acreedor haya tenido la preocupación de hacerlo constar en el registro)? (“*El reconocimiento de los créditos asegurados con garantía real es «necesario» al menos si están inscritas en registro público*” según GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Garantías reales”, *op. cit.*, p. 1.640). Y la misma dificultad tendría si, pese a que el registro no lo publicite (y sea necesario, por tanto, la integración extrarregistral del crédito), el acreedor se toma la molestia de insinuar el crédito acompañando los títulos de crédito con fuerza ejecutiva de los que resulta acreedor (por ejemplo, la póliza de crédito y la de cesión) y de explicitar fehacientemente su voluntad de que quede cubierto el crédito por la hipoteca a su favor de la que entrega certificación registral. Por lo que se refiere al reconocimiento, la administración concursal difícilmente podría desentenderse de la obligación legal que le impone el art. 86.2 LC de incluir en la lista de acreedores este tipo de créditos. Téngase en cuenta que el art. 86.2 LC impone la

crédito cedido fuera, en manos del cedente, un crédito subordinado, por ejemplo, por tener el cedente la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, conforme a los arts. 92.5º y 93 LC, para el caso de que el acreedor hipotecario cesionario hubiera conseguido superar la presunción *iuris tantum* de persona especialmente relacionada del art. 93.3 LC (cesionario o adjudicatario de créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado).

No podemos sucumbir a la desazón.

Creo que el incidente concursal puede, en este caso, ir encaminado a la rescisión de la hipoteca exclusivamente en cuanto a la cobertura del crédito en cuestión y ello, obviamente, cuando la administración concursal consiga evidenciar el carácter perjudicial (art. 71.4 LC), toda vez que no contará a su favor con la presunción relativa de perjudicialidad del art. 71.3.2º LC, puesto que la garantía se constituyó más allá del periodo sospechoso.

Y a este efecto surge también la duda de si el momento relevante para enjuiciar la existencia de perjuicio es el de la cesión (que conlleva el amparo hipotecario) o el de la concesión del crédito luego cedido al acreedor flotante. Y ello porque el legislador parece aceptar la constitución de garantías reales no contextuales cuando reportan valor para la masa activa⁶⁶⁸. El momento relevante para enjuiciar el efecto perjudicial no ha de ser la concesión del crédito, sino aquél en el que se extiende no contextualmente la cobertura hipotecaria que pone al acreedor al margen del riesgo de crédito que supone la imprevisible insolvencia del deudor⁶⁶⁹. Si no existe una adecuada y proporcionada

obligación de incluir los créditos allí descritos en la lista sin perjuicio de la posibilidad de ese mismo artículo otorga a la administración concursal de impugnar en juicio ordinario (y dentro del plazo de emisión de su informe) “la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real”. En estos casos, la administración concursal no tiene más remedio que incluir este crédito en la lista. Y en cuanto a la clasificación, ¿en base a qué precepto de la Secc. 3ª del Capítulo III del Título IV de la LC (relativa a la clasificación de los créditos) les niega la administración concursal el carácter de privilegiado que se desprende contumazmente del registro o de los documentos con fuerza ejecutiva, la certificación registral de la hipoteca y la manifestación unilateral del acreedor de quedar el crédito amparado por la garantía? Si la administración concursal se atreve a negarle el carácter de privilegiado, la impugnación efectuada por el acreedor al amparo del art. 96.3 LC debiera ser estimada.

⁶⁶⁸ GARCÍA SANZ, Angel: “Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva ley concursal”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4.073. En contra, proponiendo que la presunción relativa debería ser una presunción absoluta, CRESPO ALLUÉ, Fernando: “Acciones de reintegración (artículo 71)”, en SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid: Lex Nova, 2004, II, p. 1.390.

⁶⁶⁹ STS n.º 652/2012 de 8 de noviembre de 2012 (Secc. 1.º) (Sr. Gimeno Bayón-Cobos) (RJ 2013/901): “[...] hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación

aportación de valor a la masa que equilibre o compense ese valor seguro que el acreedor flotante “*extrae*” de la masa activa mediante la afección hipotecaria (por ejemplo, en forma de extensión de crédito adicional que permite refinanciar deuda de terceros⁶⁷⁰, rebaja de las condiciones financieras del crédito cedido, concesión de aplazamientos, sustitución de interés por descubierto por intereses ordinarios –más benignos–, etc.)⁶⁷¹, se podrá rescindir el negocio. El hecho de que el acreedor flotante refinance el crédito cedido por ejemplo (precisamente sobre la base de la protección que genera la hipoteca) no estando el acreedor cedente en tal disposición (por ejemplo, porque el deudor carece de otros bienes libres que ofrecerle en garantía) puede permitir asentar un opinión sobre la razonabilidad y proporcionalidad del negocio posteriormente impugnado, en la medida en que permitió superar la situación de dificultad y el mantenimiento de la continuidad de la empresa (aunque, a la postre, el deudor acabara en concurso). Y al contrario: no existirá sacrificio suficiente por parte del acreedor al conceder una ampliación de plazo y exigir, simultáneamente, la constitución de nuevas garantías reales si, atendidas las circunstancias, fuera prácticamente imposible que el ejercicio de acciones al vencimiento del crédito –en ausencia de refinanciación– hubiera deparado cualquier efecto útil para el acreedor habida cuenta de la inminencia del concurso a la fecha de la refinanciación y la consecuente paralización de ejecuciones y el sometimiento a la regla de la comunidad de pérdidas.

Es dudosa la utilidad de la extensión de la cobertura hipotecaria respecto del deudor si la cesión del crédito al acreedor hipotecario flotante o la subrogación en el crédito por parte del acreedor hipotecario flotante que determina la extensión de la cobertura hipotecaria a este crédito no viene acompañada de una ampliación del crédito, un abaratamiento o aplazamiento del crédito existente o, más genéricamente, cualquier otra mejora del crédito existente. En definitiva, la extensión de la hipoteca durante el periodo sospechoso a una obligación surgida en cabeza de tercero, sin garantías, mediante la cesión del crédito o la subrogación en el crédito del acreedor hipotecario

de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha” (F.D. 2.º, Apto. 23).

⁶⁷⁰ En la SJdM n.º 1 Valencia de 25 de noviembre de 2006 se desestima la acción rescisoria de la garantía no contextual por permitir la renegociación de la deuda de la Agencia Tributaria.

⁶⁷¹ En la famosa SAP Barcelona n.º 58/2009 de 6 de febrero de 2009, Secc. 15.ª, Sr. Sancho Gargallo, JUR 2009/1724456, desestimó la acción de reintegración respecto de una hipoteca no contextual sobre la base de dos elementos de “aportación” de valor a la masa: concesión de crédito nuevo y eliminación de los altos intereses que generaba la deuda refinanciada (antes de la refinanciación, descubierto en cuenta corriente).

flotante y el efecto de la convenientemente redactada cláusula de globalización podrá ser objeto de rescisión concursal en la medida en que no vaya acompañada de una mejora de las condiciones respecto del deudor que permita sustentar la tesis de que *“la hipoteca no se ha constituido gratuitamente, es decir, en garantía de obligaciones preexistentes aún no vencidas, sino que estamos ante un negocio oneroso por el que el deudor obtiene, a cambio de la constitución de un derecho real, una contraprestación clara que se corresponde con un correlativo sacrificio para el acreedor: el aplazamiento de la deuda y la evitación de una ejecución singular inmediata, con la consiguiente ventaja representada por la posibilidad de remontar la situación económica adversa”* (SJdM n.º 2 Madrid de 2 de diciembre de 2009, ADC n.º 20, p. 542)⁶⁷².

Satisfecho el juicio de sobre el carácter perjudicial, si existe una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, el juez del concurso ordenará la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la responsabilidad hipotecaria atribuida al crédito en cuestión⁶⁷³. Si no hay distribución, sin embargo, el juez no puede ordenar la cancelación parcial, ni tampoco la cancelación total, pero sí podría ordenar la exclusión del crédito de la cobertura. Algo parecido se decretó en la SAP n.º 408/2008 de Vizcaya de 12 de junio de 2008, Secc. 4.ª (Sr. Herbosa Martínez) (AC 2008/2360) en un caso en el que un banco obtuvo una prenda sin desplazamiento sobre cabezas de ganado en garantía de un crédito empleado para la amortización de un crédito preexistente garantizado igualmente con esa misma prenda (sobre un número menor de vacas) y de otra deuda también preexistente pero sin garantías reales, rescindiendo parcialmente la prenda en cuanto a esta última con fundamento en el art. 71.3.2º LC. En esta sentencia se justifica la rescisión parcial en la inexistencia de perjuicio para la masa en cuanto a la prenda en garantía de la otra obligación⁶⁷⁴.

⁶⁷² ESPIGARES HUETE, JOSÉ Carlos: *La acción rescisoria concursal*, Navarra: Aranzadi, 2011 (1.ª ed.), pp. 163-164.

⁶⁷³ MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas...”, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁷⁴ “Esta Sala considera procedente acordar la rescisión parcial de la garantía, dentro de los límites establecidos en el artículo 456.1 LEC para el recurso de apelación, aunque, como denuncia el apelado, el recurrente sólo haya formulado, con carácter subsidiario, esta petición en apelación, y no en la instancia. Esta posibilidad, la de la rescisión parcial, ha sido reconocida, en abstracto, por la doctrina y jurisprudencia del TS para la acción de rescisión por fraude de acreedores regulada en el párrafo 1º del artículo 1297 CC, aplicable por analogía al caso que nos ocupa, al señalar que la rescisión no puede ir más allá de donde llega el perjuicio efectivamente causado, por lo que cabe la rescisión parcial, siempre que, atendiendo a las circunstancias concretas, aquélla sea posible, tal y declara, entre las más recientes, la STS de 21 de noviembre de 2006, rec. 116/2000 y otras, de fecha más antigua, que allí se citan; y para la acción rescisoria concursal, la

El reflejo registral de la exclusión del crédito de la cesta de la hipoteca debería hacerse conforme al art. 144 LH. Obviamente, la exclusión del crédito determinaría, de suyo, la reclasificación del crédito a ordinario (dado que ya no aplicaría el art. 90.1.1º LC), y ello incluso aunque ya se hayan aprobado los textos definitivos (art. 98 LC).

Una cuestión bien distinta es qué sucede cuando se constituye la hipoteca más allá del periodo sospechoso, pero la obligación llamada a quedar cubierta con la flotante nace dentro del periodo sospechoso (sea una flotante en garantía de obligación futura determinada, sea una global). En mi opinión, en este caso es claro que la obligación no surge como “no garantizada” o “infragarantizada”, sino como garantizada, y la garantía hipotecaria se torna contextual (pese a que la hipoteca antecede al crédito), por lo que no cabría la tacha bajo el art. 71.3.2º LC. Y ello tanto si la hipoteca es una flotante en garantía de obligación futura determinada, como una flotante pura o global. Desde el mismo momento del nacimiento de la obligación (mucho antes de que el deudor deba e incumpla, y mucho antes de que el acreedor exija, liquide y certifique la deuda y proceda contra el bien), la obligación está garantizada por la flotante (naturalmente si entra objetivamente en el ámbito de la cobertura) y constituye un crédito hipotecario. La garantía real (o, por mejor decir, la extensión de la garantía real al nuevo crédito) es contextual⁶⁷⁵. Por eso en este caso no se puede atacar la hipoteca (que está más allá del

SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 2007, rec. 524/2006 (AC 2007, 765). Ciertamente que algunas sentencias del TS se han pronunciado en el sentido de que no cabe rescisión parcial de la hipoteca, cuyo razonamiento sería extensible a la prenda, cuando la garantía recae sobre un determinado bien, como declara la sentencia anteriormente citada de 21 de noviembre de 2006, o incluso cuando se constituyen varias hipotecas sobre distintas fincas cuando los contratos tuvieran, como un todo, finalidad única, como señala la STS de 10 de diciembre de 2002, rec. 1339/1997 (RJ 2003, 301). Ora bien, la doctrina de las sentencias citadas no es de aplicación al caso que nos ocupa, ya que se refieren a supuestos en los que las hipotecas cuya rescisión parcial se pretende son, en su totalidad, perjudiciales para los acreedores, por haberse constituido "ex novo" en favor de obligaciones preexistentes, lo que constituye la "ratio decidendi" de estas sentencias, al considerar que la rescisión afecta, como un todo a la garantía; mientras que en el supuesto aquí enjuiciado, la constitución de la prenda, no es, por su total importe, un acto perjudicial para la masa de acreedores".

675

En este sentido, CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía...*, op. cit., pp. 393-394 respecto de la constitución de una garantía real en ejecución de la promesa de garantía prestada al acreedor que promete crédito futuro. Utilizan este mismo razonamiento, si bien en relación a la secular tacha de la hipoteca global en base a la *par conditio*, CABANAS TREJO, Ricardo y BONARDELL LENZANO, Rafael: “Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)”, *Diario La Ley*, n.º 7044, 29 de octubre de 2008, p. 4. Aunque MORALEJO MENÉNDEZ considera que el simple decalaje temporal entre el momento en que se concede el crédito y se otorga la garantía, y el momento en que esta garantía ha de considerarse perfecta a los efectos de otorgar al titular un crédito con privilegio especial conforme al art. 90 LC, permite calificar la garantía real de no contextual y, en consecuencia, la somete a la presunción relativa, este autor admite la irrevocabilidad de la hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición en base al art. 71.3.2º C por ser contextual (MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas...”, op. cit., pp. 128-129 y 132,

periodo sospechoso), ni tampoco la constitución de la obligación (que es nueva), ni la extensión simultánea a la obligación del manto protector de la hipoteca (que es uno de los efectos jurídicos de esta modalidad hipotecaria) bajo el art. 71.3.2º LC que aquí se analiza. Ni, desde luego, se podrá atacar cualquier acto de ejecución de la hipoteca realizado en caso de impago de esa obligación a su vencimiento.

Se puede en este caso aplicar a ese caso el mismo razonamiento que el que permite considerar invulnerable a la rescisión a una hipoteca condicionada constituida más allá del periodo sospechoso, en garantía de una deuda igualmente previa al periodo, pero cuya condición suspensiva se cumple en el periodo sospechoso. En este caso, el cumplimiento de la condición no supone un acto de constitución de garantía real a favor de una obligación preexistente no garantizada (o infragarantizada): la hipoteca condicional existe desde su constitución e inscripción en el registro de la propiedad, y ello aunque al acreedor hipotecario condicional le esté vedado el ejercicio de algunas de las facultades inherentes a la hipoteca (en particular, el *ius distrahendi*) hasta el cumplimiento de la condición. *Pendente conditione*, el acreedor condicional puede ejercitar todos los derechos y acciones de defensa de su derecho (art. 1.121 CC), como el particular la acción de devastación (arts. 117 LH y 219 RH) pues la hipoteca está ya constituida. Cumplida la condición, la eficacia retroactiva se extiende a la fecha de constitución de la hipoteca y a su rango entonces (*ex* arts. 1.121 y 1.123 CC; 23 y 24 LH). Es decir, no es que la obligación no estuviera garantizada al tiempo de cumplimiento de la condición suspensiva, sino que estaba garantizada mediante una garantía real aún no perfecta en todas sus dimensiones⁶⁷⁶.

respectivamente).

⁶⁷⁶ AZOFRA VEGAS, Fernando: “Garantías de la financiación: fórmulas alternativas”, LAMOTHE FERNÁNDEZ, Prosper, LÓPEZ LUBIAN, Francisco J., DE LUNA BULTZ, Walter, DE MIGUEL PERALES, Carlos, MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, Juan y RIOPÉREZ LOSADA, Daniel (coords.): *Mercado inmobiliario: una guía práctica*, Barcelona: Deusto, 2009, pp. 561-562, con cita de MASSAGUER FUENTES, José: “Aproximación al régimen de los efectos del concurso...”, *op. cit.*, pp. 4.211-4.237. En sentido análogo parece pronunciarse BAUTISTA SAGÜES, Fernando: “Aspectos prácticos de las reestructuraciones financieras”, *Revista del Mercado de Valores* n.º 4, 2009, p. 102. También a favor, BERTRAM, José Christian: “Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del artículo 71 de la Ley Concursal”, *La Ley* n.º 6068, 2004-4, p. 1.603. En relación a las garantías constituidas en ejecución de una “promesa”, “mandato” o simple previsión acordada al mismo tiempo que la obligación luego asegurada (y fuera del periodo sospechoso), que se cumple posteriormente dando lugar a la constitución (e inscripción, en su caso) de una garantía real ya en el periodo sospechoso, se pronuncian a favor de su rescindibilidad MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas...”, *op. cit.*, p. 130 y SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael: *Concurso y rescisión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 72-73 (aunque este último rechaza sin embargo la rescisión de la hipoteca en garantía de obligación futura, que surge en el periodo sospechoso).

Si así se ha pactado en la escritura de hipoteca, la cantidad exigible en ejecución será la resultante de *“la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura”* (art. 153 bis LH), constituyendo esa determinación, a lo más, un mero acto de liquidación de la deuda (podría no ser siquiera eso, si la deuda ya hubiese sido liquidada previamente, en cuyo caso, es un acto de certificación a efectos de ejecución), pero nunca un *“acto de disposición”* (sujeto entonces a enjuiciamiento bajo el art. 71 LC)⁶⁷⁷. Una opinión en parte contraria puede verse en la STS n.º 527/2010 de 10 de septiembre de 2010 (Sra. Roca Trías) (RJ 2010/6964). Debemos partir de la consideración (no irrelevante) de que el objeto de la controversia versaba sobre una hipoteca constituida en marzo de 1992 en garantía de una cuenta de crédito *“de conformidad con lo establecido en el art. 153 LH y el art. 245 RH”* (F.D. 1.º); un préstamo concedido al deudor en septiembre de 1992 y un adeudo de parte *“del préstamo impagado instrumentado en póliza núm. [...] a la cuenta de la hipoteca de máximo constituida en escritura de fecha [...]”* (F.D. 3.º) en una fecha (septiembre de 1993) posterior a la de retroacción de la quiebra del propietario/deudor (junio de 1993). El crédito garantizado con dicha hipoteca *“sólo será disponible para que el banco pueda adeudar y reintegrarse de las cantidades que el acreditado resulte en deber en virtud de operaciones crediticias o comerciales, tales como descuento de efectos comerciales, financiación de exportaciones, financiación de importaciones, créditos a corto plazo, prefinanciación de exportaciones, créditos y préstamos financieros, avales y fianzas, cuyo vencimiento sea anterior al 27 de marzo de 1997”*, habiéndose pactado expresamente el alcance novatorio del adeudo en la cuenta garantizada con la hipoteca (F.D. 1.º). Pues bien, declara el Tribunal Supremo:

“[...] la hipoteca de máximo pasó a garantizar el préstamo de 25 de septiembre de 1992, que hasta aquél momento sólo gozaba de la garantía de un pagaré pignorado con este fin. Por tanto, se estaba cambiando la garantía de la deuda, al incluirla dentro de la cuenta de la hipoteca de máximo. El préstamo no gozaba de una garantía solvente y desde que se lo colocó en la cuenta con el “simple” apunte contable, pasó a tenerla al quedar bajo la cobertura de la hipoteca de máximo”.

Sin discutir la validez de la hipoteca, el Tribunal entiende que el acto por el que se

⁶⁷⁷

CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010...”, *op. cit.*, p. 1.107.

adeuda el préstamo en la cuenta garantizada por la hipoteca supone una utilización de una garantía ya constituida para unas finalidades diferentes y que garantizada otras obligaciones de la quebrada para extender la cobertura hipotecaria a unas obligaciones constituidas en un préstamo distinto, constituyendo por ello un acto de disposición “*que lesionó la par condicio (sic) creditorum, por lo que es correcta la declaración de nulidad*”.

A mi juicio, yerra el Supremo al calificar como “*acto de disposición*” lo que no es más que el acto de “*liquidación*” de una deuda que, desde su nacimiento, estaba garantizada por la hipoteca (obviamente para el caso de que el acreedor decidiera, a su libre opción, adeudarla en la cuenta garantizada por la hipoteca). El alcance novatorio del cargo en la cuenta en ese caso pactado no perjudica esta conclusión (pues la hipoteca crea, desde su inscripción, una afección en perjuicio de terceros, inscritos o no inscritos, y al margen de la situación concursal en la que pueda encontrarse en el futuro el deudor). Es verdad que esa afección es, inicialmente, sólo genérica, hasta que no surjan obligaciones llamadas a quedar cubiertas. Pero éstas surgen desde ese momento cubiertas. Aún más obvia es la conclusión en caso de que no se pacte el alcance novatorio del cargo en la cuenta, posibilidad expresamente admitida ahora en el art. 153 bis LH (que, en el pasado, impedía la inscripción en la opinión de la DGRN⁶⁷⁸).

En su comentario sobre esta sentencia, CORDERO LOBATO⁶⁷⁹ nos alerta sobre sus potenciales perniciosos efectos respecto de hipotecas globales constituidas al amparo del art. 153 bis LH. Quizá peque de ingenuo (o de temerario), pero yo no siento la amenaza. En primer lugar, porque será difícil que en una hipoteca flotante constituida al amparo del art. 153 bis LH se pacte alcance novatorio y no se otorgue al acreedor facultad certificante de la cantidad ejecutable. No existiendo alcance novatorio, parece obvio que la certificación que expida el acreedor hipotecario conforme al penúltimo párrafo de dicho artículo es un mero acto de administración (la liquidación de la deuda), y no un acto de disposición. Y en segundo lugar, porque al contemplar el art. 153 bis

⁶⁷⁸ RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), 3 de octubre de 1991 (RJ 1991/7491) o de 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186).

⁶⁷⁹ CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010...”, *op. cit.*, p. 1.109: “*Esta sentencia augura un futuro sombrío a la hipoteca flotante, incluso [...] a las hipotecas flotantes que se hubieran concertado al amparo del art. 153 bis LH, pues, finalmente, con independencia de cuál fuera el momento en que se constituyera la hipoteca, el TS ha venido a convertir la liquidación de las obligaciones aseguradas por hipotecas flotantes en nuevo acto de gravamen presuntamente perjudicial y, por tanto, expuesto, como tal, a la acción de reintegración establecida en el art. 71 LC*”.

LH la facultad certificante del acreedor como posibilidad, no como elemento esencial, es más patente aún que la justificación del nacimiento de la obligación y la liquidación de la deuda (comoquiera que se evidencien) son meros actos de ejecución, y no de disposición, y que la obligación surgió, desde su constitución, como garantizada.

Por último, y como asunto un tanto más tangencial, debe tenerse en cuenta que, tras la reforma de la LC introducida por la LRLC, los pagos (u otros actos de extinción) de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior al concurso ha pasado de presumirse perjudicial para la masa con carácter *iuris et de iure* a presumirse perjudicial con carácter *iuris tantum* cuando las obligaciones pre-amortizadas gozasen de garantía real (arts. 781.2 y 71.3.3º LC). La base argumental de este cambio legal debe encontrarse en la generalización de la opinión, marcada por el momento que se vivía al tiempo de esta modificación, de que entregar al acreedor hipotecario el bien hipotecado en dación, con cancelación por tanto de la deuda, puede no sólo no ser gravoso para el propietario-deudor, sino incluso ser ventajoso. Vale la pena recordar que nos encontrábamos en ese momento con un deterioro generalizado del valor de los bienes hipotecados, una expectativa muy extendida de aún mayor depreciación, y una casi total ausencia de licitación en las subastas hipotecarias, que determinaban que la mayoría de ellas acabase con la adjudicación del bien por el acreedor hipotecario con amparo en el art. 671 LEC. Se evitan con la dación en pago las costas de ejecución y, además, que subsista crédito remanente contra el deudor. Como consecuencia de dicha modificación, podrá el perjudicado por la acción rescisoria probar la ausencia de perjuicio para la masa y evitar así la rescisión del pago o acto de extinción anticipada de la obligación hipotecaria⁶⁸⁰.

1.3 Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación

1.3.1 Introducción: los efectos de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación sobre los acreedores financieros

La LRLC ha querido importar en nuestro Derecho determinados procedimientos de reestructuración colectiva de créditos en escenarios preconcursales o paraconcursales como el “*scheme of arrangement*” británico⁶⁸¹, el “*accord de conciliation*” francés⁶⁸², la

⁶⁸⁰ SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael: *Concurso y rescisión*, op. cit., pp. 77-79.

⁶⁸¹ Arts. 895 a 900 de la *Companies Act*.

⁶⁸² Art. L 611-7 del *Code de Commerce*.

“*recuperação extrajudicial*” brasileña⁶⁸³, los “*accordi di ristrutturazione dei debiti*” italianos⁶⁸⁴ o los “*acuerdos preventivos extrajudiciales*” argentinos⁶⁸⁵. En efecto, en la redacción de la DA 4.^a LC tras la LRLC se contempla la posibilidad de que la espera pactada en un AR concertado entre un deudor y una parte relevante de sus acreedores financieros se extienda de forma coactiva a los acreedores financieros disidentes o no participantes en dicho AR, salvo los que gocen de garantía real. Esta imposición de la espera pactada que deriva de la homologación judicial del AR es sólo posible respecto de AR que cumplan los requisitos establecidos en el art. 71.6 LC en lo relativo “*a la designación de experto independiente y elevación a instrumento público*” y que, adicionalmente, (a) hayan sido suscritos por acreedores que representen al menos el 55% del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de adopción del AR (la mayoría se ha rebajado del 75% al 55% mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) y (b) esa extensión coactiva de la espera no suponga (en opinión del juez) un “*sacrificio desproporcionado*” para las entidades financieras disidentes o no participantes.

La Ley no proporciona al juez criterio alguno respecto a esa valoración⁶⁸⁶. La apreciación del juez tiene un alcance diferente –y mayor– que el juicio del experto independiente sobre la proporcionalidad de las garantías respecto de las condiciones de mercado del art. 71.6 LC. La expresión evoca (en sentido contrario) el “*sacrificio patrimonial justificado*” que sirvió a la AP Barcelona (Secc. 15.^a) para rechazar la rescisión de un acuerdo de refinanciación concertado antes del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (en la famosa SAP Barcelona 58/2009 de 6 de febrero de 2009, Secc. 15.^a, Sr. Sancho Gargallo, JUR 2009/172445)⁶⁸⁷, aunque debería ser más exigente en el contexto de la DA 4.^a. El legislador asume (y acepta) que la extensión coactiva de

⁶⁸³ Arts 161 y ss. de la *Lei de Recuperação de Empresas e Falências* n.º 11.101, de 9-2-2005.

⁶⁸⁴ Art. 182 bis de la *Legge Fallimentare*.

⁶⁸⁵ Arts. 69 a 76 de la Ley 24.522 (con la regulación introducida por la Ley 25.589 de 15-5-2002).

⁶⁸⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Maite: “Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 15, 2011, p. 195. NIETO DELGADO, Carlos: “Reforma concursal: diez críticas esenciales al proyecto de ley” trabajo elaborado a partir de la ponencia “Principales cambios del Proyecto de Ley Concursal” presentada en la IX Jornada Tributaria y Mercantil organizada por el Colegio de Titulados Mercantiles de Pontevedra el 24 de marzo de 2011 [en línea], <<http://www.aranzadi.es/congresodelainsolvencia/pdfs/Reforma-Nieto.pdf>> [consulta: 8 de mayo de 2012], p. 8.

⁶⁸⁷ NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, p. 29 se hace eco de esa rememoranza. La tesis de dicha sentencia fue seguida por muchas audiencias y confirmada finalmente en las SSTs n.º 210/2012 de 12 de abril de 2012 (Secc. 1.º) (Sr. Gimeno-Bayón Cobos) (RJ 2012/5900) y n.º 652/2012 de 8 de noviembre de 2012 (Secc. 1.º) (Sr. Gimeno Bayón-Cobos) (RJ 2013/901).

la espera al acreedor financiero extraño o externo al AR constituye un “*sacrificio*”, una merma de los derechos que el ordenamiento le atribuye con carácter general, pero está dispuesto a imponerla en aras de la continuación de la actividad del deudor⁶⁸⁸ que permita evitar el concurso con la única exigencia de que, a la vista de las circunstancias concurrentes, dicho sacrificio no sea desproporcionado para el acreedor (por ejemplo, porque ponga al acreedor mismo en trance de incumplimiento frente a sus deudores, dificulte o condicione sensiblemente su propio acceso al crédito, etc.). Para la formación de este juicio, parecería que las ventajas que el AR otorga al deudor, al resto de sus acreedores (firmantes o no firmantes) y, en general, a la economía del país (en forma de continuación de la actividad empresarial del deudor) han de exceder de las desventajas que la imposición coactiva de la espera tiene para el acreedor financiero disidente.

Algunas resoluciones judiciales han invocado como circunstancias relevantes a la hora de efectuar esta valoración “*la concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación*” o “*la existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio del deudor*” (AJdM n.º 8 de Barcelona de 23 de enero de 2013, BOE n.º 127, de 28 de mayo de 2013, pp. 27144-27145), “*los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de sus acreedores*” o el “*efecto sobre su situación económica y financiera [de los acreedores]*” (AJdM n.º 1 de Barcelona de 22 de febrero de 2013, Cendoj 08019470012013200001) o cuando pueda constatarse “*que las posibilidades de cobrar de esos acreedores disidentes son mayores con la homologación del acuerdo de financiación que sin ella*” dado que “*si no se homologaran los acuerdos de refinanciación es evidente el riesgo de constituirse un concurso de acreedores en que las posibilidades de cobro de los acreedores disidentes disminuirían en lugar de incrementarse*” (AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013, BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, p. 33770).

En cuanto al requisito del 55%, téngase en cuenta que no se refiere (sólo) al

688

La resistencia que el legislador otorga a los acuerdos de refinanciación frente a las acciones rescisorias se justifica en las bondades (implícitas) del mantenimiento de la actividad del deudor (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: “Primera Parte.- Los aspectos sustantivos de la reforma de la Ley Concursal” en AA. VV.: *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Madrid: Aranzadi, 2009 (1.ª ed.), p. 28). Puesto que la homologación tiene por objeto un AR que, materialmente, ha de reunir las características exigibles para beneficiarse de esta resistencia previstas en el art. 71.6 LC (salvo por la mayorías requeridas), la homologación participa de esta misma finalidad (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: “La rescisión de los acuerdos de refinanciación”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique (dirs.): *La reintegración de la masa*: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 335, 337, 338, 340, 342, 348 y 354).

pasivo de naturaleza financiera, sino al pasivo titularidad de entidades financieras. De ahí que deban considerarse todos los créditos en manos de las entidades financieras al tiempo de la aprobación del AR, aunque tengan naturaleza u origen no financiero (comercial, indemnizatorio, etc.). No hay por qué descontar para el cálculo del 55% el pasivo con garantía real, aunque el acreedor real sea inmune⁶⁸⁹. Por último, la DA 4.^a no exige mayorías por cabezas (al contrario, por ejemplo, de lo que sucede en los *schemes of arrangement*), ni mayorías por clases de acreedores (acreedores sin garantía y con garantía; acreedores preferentes, ordinarios o subordinados, etc.). Con anterioridad a la reforma del apartado 1 de la DA 4.^a LC operada mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se había defendido la necesidad de doble mayoría pues la norma remitía en bloque a las “*condiciones del artículo 71.6*” [en donde figura la mayoría de los dos tercios]. *Ubi lex non distinguit...* En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 y JdM de León de 21 de marzo de 2012 (AC 2012/903); AJdM n.º 2 de Sevilla de 21 mayo de 2012 (AC 2012/1498) y auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Ciudad Real de 7 de agosto de 2012 (Cendoj 13034410042012200001). Otras resoluciones judiciales, por el contrario, consideraban sólo exigible el requisito de la mayoría exigida del pasivo financiero con el argumento (poco líquido en mi opinión) de la existencia de una regla especial en la DA 4.^a y la circunstancia de que la homologación sólo afecta a los acreedores financieros⁶⁹⁰. Esta discusión se ha visto finalmente superada por la

⁶⁸⁹ En el mismo sentido, SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael: *Concurso y rescisión*, op. cit., pp. 106-107; PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y *Fresh Money*”, *RDCP* n.º 15, 2011, p. 53 y en PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003”, *La Ley* n.º 7731, 8 de noviembre de 2011, p. 5.

⁶⁹⁰ AJdM n.º 6 de Barcelona de 5 de junio de 2012 (Cendoj 08019470062012200001): “*Se plantea si se exige el doble quórum (60% del pasivo total más el específico del pasivo financiero –antes 75%, ahora 55%–), si bien en la medida que la DA4.^a es una norma específica respecto de las generales del art. 71.6 LC, se estima de aplicación el requisito de quórum atinente a los acreedores financieros, por lo que sólo se exigiría el del 75% del pasivo financiero*”; AJdM n.º 3 de Gijón de 10 de julio de 2012 (AC 2012/1189): “*Por lo que se refiere a la legalidad: es preciso analizar así el acuerdo reúne los requisitos del apartado 1, esto es, que el 75% del pasivo que acepta el financiero (sic) y que concurren además los requisitos del art. 71.6 LC, esto es, que responda a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad, la existencia de un informe favorable de un experto independiente y que se encuentre formalizado en instrumento público –escritura o póliza–*”; Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Logroño de 4 de abril de 2012 (JUR 2012/304839); AJdM n.º 8 de Barcelona de 23 de enero de 2013 (BOE n.º 127, de 28 de mayo de 2013, pp. 27144-27145); AJdM n.º 1 de Barcelona de 22 de febrero de 2013 (Cendoj 08019470012013200001); AJdM n.º 2 de Barcelona de 10 de abril de 2013 (Cendoj 08019470022013200001); AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013 (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, pp. 33765-33775). En el mismo sentido, Seminario de Jueces Mercantiles de Cataluña de 5 de julio de 2013, apartado II, sub-apartado 1 (p. 4) que invoca en particular el argumento de que la homologación es inocua para los acreedores no financieros para justificar que no se deba exigir el requisito de la mayoría de 2/3 (sin que, sin embargo, aporte una explicación

nueva redacción del apartado 1 de la DA 4.^a introducida por la Ley 14/2013 que se remite únicamente a las condiciones del art. 71.6 LC “*relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público*”, excluyendo por tanto la mayoría de dos tercios del art 71. La redacción no es muy feliz, pues parece claro que lo relevante no es (o no debería ser) tanto la designación del experto como la emisión por el experto designado del informe allí mencionado. Pero lo cierto es que con la nueva redacción es posible afirmar que se puede homologar judicialmente un AR con el voto favorable del 55% del pasivo en manos de entidades financieras si cumple los requisitos de informe de experto independiente y elevación a público del art. 71.6 LC aunque no haya sido aprobado por los dos tercios del pasivo común allí referido.

Por la homologación, se extienden los efectos de la espera pactada, pero ningún otro negocio o efecto del AR. La extensión coactiva de la espera a los acreedores profesionales se justifica en la ventaja generalizada que el legislador presupone en la evitación del concurso que resulta del AR y en la necesidad de evitar que el sacrificio voluntariamente aceptado por los acreedores firmantes del AR caiga en saco roto como consecuencia de las acciones (plenamente legítimas, por otro lado) de una minoría de acreedores financieros disidentes⁶⁹¹. El AR “*no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes* [indica la DGRN en su resolución de 8 de junio de 2011, BOE n.º 156 de 1 de julio, sobre un AR que reunía los requisitos de la antigua DA 4.^a LC ahora recogidos en el art. 71.6 LC]; *es un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso*”.

La espera debería acoger tanto el aplazamiento de pago de un crédito con un plan o calendario concreto, como la extensión del plazo de vencimiento de un crédito⁶⁹². De ahí que no se pueda pretender extender cualquier otro efecto del AR a los disidentes, en

convinciente de por qué la ley sí exige los restantes dos requisitos –forma pública e informe de experto, que también se contienen en el art. 71.6 respecto de los acuerdos de refinanciación con “*efectos*” sobre acreedores comunes y no sólo financieros).

⁶⁹¹ En torno a los requisitos sustantivos del AR para satisfacer las exigencias del art. 71.6 LC, véase PIÑEL LOPEZ, Enrique: “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, *RDCP* n.º 11, 2009, pp. 38-40 (que se refiere aún a la redacción del art. 71.6 LC entonces contenida en la DA 4.^a LC).

⁶⁹² AJdM n.º 6 de Barcelona de 5 de junio de 2012 (Cendoj 08019470062012200001) (“[...] *por lo que el término de espera usado en la DA4ª debe entenderse tanto en los supuestos de aplazamiento de pago de un crédito con un plan de pagos como en los casos de mantenimiento de un contrato por aplazamiento del vencimiento (novación modificativa del contrato)*”).

particular los demás efectos “*gravosos*” para el acreedor (nuevos créditos⁶⁹³, quitas⁶⁹⁴, reducciones de intereses, etc.), pero tampoco los efectos “*beneficiosos*” (ampliación de garantías, aumento de diferenciales, etc.), salvo que alguno merezca la consideración de estipulación a favor de tercero del segundo párrafo del art. 1.257 CC (como excepción al principio de relatividad de los contratos).

La existencia de una garantía real blindo el crédito de la entidad financiera que no hubiera formado parte en el AR frente a la imposición coactiva de los efectos de la espera allí pactada. Esta excepción constituiría, de entrada, una importante limitación de la potencialidad de la homologación judicial habida cuenta de la actual omnimoda presencia de acreedores con garantía real en el pasivo de las empresas tras más de cinco años de crisis. Se ha criticado la falta de arrojo o de valentía del legislador al excepcionar al acreedor financiero con garantía real del efecto coactivo del AR. Al margen de la reflexión de política legislativa, habría sido en todo caso ciertamente insólito que, a través de un instituto preconcursal y de un procedimiento judicial no universal y no especialmente exigente en el respeto del principio de contradicción (como es el de homologación)⁶⁹⁵, se impusiera al acreedor con garantía real una espera que el legislador no llega a imponer en ese procedimiento judicial universal y respetuoso del principio de contradicción que es el concurso (arts. 134. 2, 154 *in fine*, 155 LC) o una paralización de acciones más dilatada en el tiempo o más amplia que la que se le impone en el concurso (art. 56 LC). No me incomoda, por tanto, que haya faltado esa valentía. O se extendía la homologación al acreedor real y se reformaba simultáneamente el tratamiento del acreedor real en el concurso o se dejaba al acreedor real al margen de la homologación. Quedarse en medio habría sido desequilibrado, por más bienintencionado que fuera el legislador de la reforma.

La extensión forzosa de la espera al acreedor con garantía real en un instituto preconcursal podría incluso haber tenido incidencia negativa en uno de los mecanismos de financiación de los prestamistas profesionales más habituales, como es la emisión de títulos hipotecarios. Nuevamente, resultaría algo paradójico que la LRMH y la

⁶⁹³ AJdM n.º 1 de Barcelona de 22 de febrero de 2013, Cendoj 08019470012013200001.

⁶⁹⁴ AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013 (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, pp. 33765-33775) excluye la extensión coactiva al acreedor financiero disidente de la interrupción del devengo de los intereses de demora, asimilándolo a la extensión de nuevo crédito.

⁶⁹⁵ SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, *ADCon* n.º 30, septiembre-diciembre 2013, pp. 49-50 y 65, enfatizando su carácter de jurisdicción voluntaria, y no contradictoria, lo que justifica que la resolución que le pone fin no está provista de efecto de cosa juzgada.

normativa específica se preocupe de proteger los derechos y acciones del cedulista o bonista hipotecario en escenarios concursales, tanto del emisor (atribuyendo, por ejemplo, carácter de crédito especialmente privilegiado u obligando a la administración concursal a atender durante el concurso, como créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios emitidos, todo ello *ex art. 14 LRMH*), como de los deudores de los préstamos y créditos hipotecarios subyacentes (por ejemplo, blindando las hipotecas movilizadas mediante la emisión de los títulos hipotecarios frente a las acciones rescisorias del art. 71, *ex art. 10 LRMH*⁶⁹⁶ o confiriendo a la entidad de crédito acreedora –emisor– los derechos de

⁶⁹⁶ Véase en este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma...”, *op. cit.*, pp. 323-344. Sobre el alcance de esta protección legal, véase una descripción de las distintas posturas en AZOFRA VEGAS, Fernando: “Reestructuración de deuda...”, *op. cit.*, pp. 44 a 52; AZOFRA VEGAS, Fernando: “El tratamiento de las cédulas y bonos hipotecarios en el concurso”, *RDM* n.º 257, julio-septiembre 2005, pp. 1186-1187; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: “La rescisión de las garantías hipotecarias de los acreedores profesionales (art. 10 LH)”, *ADC* n.º 22, pp. 310-311 (pronunciándose a favor de una interpretación estricta del privilegio que lo limita a “[...] *las hipotecas que se han titulizado*”) y más recientemente, ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel y CAMACHO ARTACHO, Teresa: “La acción rescisoria concursal. El caso Martinsa-Fadesa”, en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2012 de los grandes despachos*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012, pp. 757-780 y SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael: *Concurso y rescisión*, *op. cit.*, pp. 90-91. Los tribunales han oscilado entre la postura estricta (el privilegio del art. 10 de la LRMH sólo protege a las hipotecas que se hayan titulizado y, además, en el supuesto de concurso de las entidades de crédito acreedoras) y la amplia (el privilegio se extiende a las hipotecas bancarias en general, se hayan efectivamente titulizado o no e incluso aunque el procedimiento concursal en el que se discuta la aplicación del precepto sea el del deudor y no el de la entidad de crédito acreedora). A favor de la interpretación estricta, véase la SJdM Granada de 11 de enero de 2011, la SAP de Pontevedra n.º 570/2009 de 18 de noviembre de 2009, Secc. 1.ª (Sr. Menéndez Estébanez) (La Ley 260500/2009), la SJdM Alicante n.º 1 n.º 264/2010 de Alicante de 7 de mayo de 2010 (JUR 2010/182875) y, recientemente, la STS n.º 652/2012 de 8 de noviembre de 2012 (Secc. 1.ª) (Sr. Gimeno Bayón-Cobos) (RJ 2013/901) (“*La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de “las entidades habilitadas para emitir títulos” ni de las “hipotecas” otorgadas por dichas entidades [...] Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesario (sic), las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras*”, F.D. 3.º). Abogan por una interpretación “amplia” la SJdM n.º 1 de Murcia de 30 de julio de 2010, la SAP León de 28 de diciembre de 2010 (La Ley 268603/2010) y la SAP Madrid (Secc. 28.ª) de 20 de abril de 2012 (Sr. García García) (JUR 2012/177366) (“[...] *pero, en cualquier caso, debe matizarse que para que un préstamo hipotecario pueda considerarse comprendido dentro del ámbito de dicha ley [art. 10 de la LRMH], basta -de acuerdo con su artículo 11- con que el mismo sea titulizable, es decir, susceptible de servir de base a una emisión de bonos o de cédulas, pero no parece exigible que el mismo haya sido ya efectivamente titulizado, y ya hemos razonado que, tratándose de emisiones de cédulas (actuales o potenciales), esa susceptibilidad es universal e indiferenciada, cualquiera que sea la calidad de la hipoteca y -actualmente- cualquiera que sea la finalidad para la que se otorgó el préstamo*”, F.D. 7.º). El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo ha hecho más difícil aún sostener la interpretación amplia, toda vez que ha reservado la aplicación del régimen del artículo 10 de la LRMH a los concursos de las entidades reguladas referidas en la Disposición Adicional 2.ª LC. Todo ello sin perjuicio de las dificultades interpretativas adicionales resultantes del apartado 2 de la Disposición Transitoria 4.ª del citado Real Decreto-Ley 3/2009 (“*El apartado Tres del artículo 8 del presente Real Decreto-ley [que introdujo el blindaje de los acuerdos de refinanciación ahora contemplado en el art. 71.6 LC] será aplicable a los acuerdos de*

abstención, ejecución separada, etc. que se reconocen al acreedor hipotecario en la normativa concursal) y que el legislador permitiera, sin embargo, la obvia erosión a los derechos y acciones del bonista/cedulista que derivaría de la imposición coactiva de la espera respecto de los préstamos o créditos hipotecarios que pueden servir de subyacente a esos títulos hipotecarios sin estar el deudor en concurso.

La no afectación del acreedor con garantía real es un rasgo diferencial respecto a otros institutos extranjeros semejantes, como el *scheme of arrangement* británico. Algunos autores han señalado que esta nota delimitadora podría alentar un cierto *forum shopping*, un riesgo de “fuga” hacia otros ordenamientos en los que los acuerdos de reestructuración o refinanciación de deuda se puedan imponer, en su totalidad (y no sólo en cuanto a la espera), a todos los acreedores disidentes incluso a los que tienen garantía real⁶⁹⁷. Creo que es un riesgo pequeño en lo que se refiere al menos a los acreedores financieros dotados de garantías reales “españolas” teniendo en cuenta, conjuntamente, la excepcionalidad de la DA 4.^a (sólo cuando un juez español homologue un AR conforme a la DA 4.^a LC se podrá producir una espera coactiva y, en su caso, una paralización de ejecuciones singulares), y la contundencia de los arts. 10 y ss. del Código Civil y 201 y ss. de la LC⁶⁹⁸.

1.3.2 Sujetos afectados por la homologación judicial de acuerdos de refinanciación

No contiene la DA 4.^a LC la definición de a qué “*entidades financieras*” se

refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplieren los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En otro caso, a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior al presente Real Decreto-ley, en especial lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario). Este inciso final pareciera hacer aplicable el privilegio del art. 10 respecto de toda hipoteca a favor de una entidad bancaria en ejecución de un acuerdo de refinanciación concluido antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2009 respecto al que no se cumplimentaran los requisitos legales para el blindaje (ahora en el art. 71.6 LC) antes de la declaración de concurso del deudor (ya operada tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2009). No creo que esta Disposición Transitoria amplíe el ámbito del blindaje del art. 10 (siendo una norma de derecho transitorio, no podría tener tal finalidad u objeto); se limita simplemente a confirmar la aplicación del derecho anterior (si y en la medida en que sea aplicable) cuando no proceda la aplicación retroactiva de la nueva regulación que se contiene en la parte inicial del apartado 2.

⁶⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”, *RDCP* n.º 14, 2011, p. 33. Una apuesta más enérgica respecto a la extensión de los efectos a los acreedores financieros con garantía real puede verse en PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y *Fresh Money*”, *op. cit.*, p. 53 y en PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores...”, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁹⁸ CARRASCO PERERA, Ángel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa: “«Scheme of arrangement» ingleses para sociedades españolas: una crítica”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 349-362.

refiere.

Atendiendo a la apuesta por la conservación de la empresa que exuda el régimen de la DA 4.^a LC y la necesidad de ampliar su alcance a todos los financiadores habituales para asegurar el cumplimiento de este objetivo, existe una primera vía de interpretación que equipara la expresión “*acreedor financiero*” a la de “*acreedor profesional*”⁶⁹⁹, entendiendo por tal quien se dedica, de forma habitual, a extender o proporcionar financiación a terceros, esté o no sometido a cualquier tipo de supervisión prudencial. Aunque los servicios financieros son actividades marcadamente reguladas (tanto a nivel nacional, comunitario como mundial), es cierto que determinadas actividades financieras no están sujetas a autorización o licencia previa, ni a supervisión cautelar en sentido estricto, incluso si se desarrollan de forma recurrente o habitual. Por ello, el concepto de financiador (o acreedor) profesional es algo más amplio que el de financiador (o acreedor) sometido a supervisión prudencial.

La LC contiene apenas otras tres referencias a “*entidades financieras*”:

- (a) en la Disposición Final Decimoctava, al reformar el párrafo g) del apartado 1 del artículo 67 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de los requisitos de autorización de las empresas de servicios de inversión, considera inidóneos a los consejeros, directores generales o asimilados de las empresas de servicios de inversión que (entre otras circunstancias) estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de “*entidades financieras*” (sin más precisión);
- (b) ídem en la Disposición Final Vigésima Tercera, al reformar párrafo segundo del apartado 2 del artículo 43 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, respecto del requisito de honorabilidad comercial de consejeros, directores generales y asimilados de las sociedades de garantía recíproca; y,
- (c) en la Disposición Final Vigésima Cuarta de reforma del párrafo c) del apartado 2 del artículo 8 de la Ley 1/1999, de 5 de enero, Reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, se incluye una redacción semejante

⁶⁹⁹ PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcurso...”, *op. cit.*, pp. 31, 33 y 37. Cuando la financiación forma parte del objeto social del acreedor, nos encontramos con un acreedor profesional: PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y *Fresh Money*”, *op. cit.*, p. 48.

respecto del requisito de honorabilidad comercial exigible a los consejeros, directores generales o asimilados de las sociedades de capital riesgo.

En todos esos preceptos, el término “*entidades financieras*” se relaciona, funcional y sistemáticamente, con el concepto más preciso de “*entidades financieras sometidas a supervisión prudencial*”. Con terminología semejante, la LRLC emplea el giro “*entidad sometida a supervisión financiera*” en la nueva redacción del art. 122.1.2.º LC (para referirse al adquirente de créditos concursales tras el concurso que, por excepción, no pierde el derecho de voto). En el apartado V de la Exposición de Motivos de la LRLC se justifica la modificación del art. 122.1.2.º LC en el contexto del objetivo de “*favorecer la solución conservativa del concurso*” que anima la reforma, que también explica (según este apartado de la Exposición de Motivos) la consideración como crédito contra la masa de “*los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación*”. Es esta la segunda manifestación del llamado “*privilegio del dinero nuevo*” o *fresh money* al que alude el apartado III de la Exposición de Motivos al tratar de los AR⁷⁰⁰ y la homologación. Expresión semejante (“*entidades financieras sujetas a supervisión legal*”) emplea la LC en su art. 204 LC, cuando establece la regla de conflicto para determinar los efectos del concurso sobre derechos que recaigan en valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta.

En ausencia de una definición legal, a la vista de las restantes veces en que se utiliza en la LC el término “*entidad financiera*” (en especial, en la nueva redacción del art. 122.1.2.º LC), de la justificación de la homologación en el contexto del favorecimiento de la solución conservativa de la empresa y la continuidad de su actividad (que a su vez entronca con el fomento de los institutos preconcursales), y de que debe hacerse una interpretación restrictiva de la DA 4.^a, dado su carácter de excepción a la regla general que luego desarrollaré⁷⁰¹, entiendo que entre los sujetos

⁷⁰⁰ En efecto, en el apartado 11º del art. 84.2 LC se extiende la clasificación de crédito contra la masa al “*fresh money*”, tanto en la modalidad de crédito post-convenio en caso de liquidación, como al 50% del que resulte de un AR que cumpla los requisitos del art. 71.6 LC (teniendo el restante porcentaje la consideración de crédito concursal con privilegio general, conforme al art. 91.6º LC).

⁷⁰¹ En este sentido igualmente PALÁ LAGUNA, Reyes: “Concepto de entidad financiera, homologación de acuerdos de refinanciación y derecho de voto del convenio concursal”, *RDCP* n.º 18, 2013, pp. 167-180; ALONSO LEDESMA, Carmen: “Refinanciación y reestructuración: la posición de las entidades de crédito”, ponencia en las *XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado sobre La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, 23 y 24 de noviembre de 2011; PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y *Fresh Money*”, *op. cit.*, pp. 47-57 (aunque parece inclinarse por un concepto un poco más amplio). Así lo defendí en AZOFRA

afectados por la homologación judicial habría que incluir a cualquier entidad, española o extranjera, sometida a cualquier tipo de supervisión prudencial o sea (a riesgo de olvidar ninguna): (a) las entidades de crédito, aseguradoras (y reaseguradoras) y empresas de servicios de inversión; (b) los establecimientos financieros de crédito a que se refiere la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de la Comunidad Europea de Coordinación Bancaria 89/646/CEE⁷⁰²; (c) las instituciones de inversión colectiva y sus entidades gestoras sujetas a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre; de Instituciones de Inversión Colectiva; (d) los establecimientos financieros del art. 11 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito; (e) las sociedades de garantía recíproca y las sociedades de refinanciamiento de la Ley 1/1994, de 11 de marzo; (f) las entidades de capital riesgo y sus gestoras de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre; (g) los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras referidas en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; (h) las sociedades de tasación; (i) las entidades de dinero electrónico de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico; (j) las entidades de pago a que se refiere la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; y (k) las sociedades instrumentales y cualesquiera sociedades cuya actividad principal suponga la prolongación del negocio financiero de alguna de las entidades consideradas como entidades financieras o incluya la prestación a éstas de servicios auxiliares, así como las sociedades mixtas de carteras (conforme a la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero y al Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito).

La sustitución del término “*acreedores financieros*” que empleaba el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010 por el de

VEGAS, Fernando: “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación de los acuerdos de refinanciación”, *RDGP* n.º 16, 2012, pp. 131-132.

⁷⁰² Autorizados para desarrollar de forma recurrente las siguientes actividades financieras: (a) préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales; (b) «factoring», con o sin recurso; (c) arrendamiento financiero, con inclusión de las actividades complementarias previstas en el párrafo 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; (d) emisión y gestión de tarjetas de crédito; (e) concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares; (f) servicios de pago definidos en el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago.

“*entidades financieras*” que recoge el texto final de la DA 4.^a LC también permite apoyar esta interpretación estricta, especialmente porque dicha modificación se apoyó en una enmienda de supresión presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en la que se enfatizaba el carácter abierto de la expresión “*entidades financieras*” (“*Es deseable que se omitan expresiones tan abiertas como la anterior, cuya definición legal hubiera ayudado a la operación a evitar quedar al albur de la interpretación judicial*”).

Esta interpretación dejaría al margen de la homologación a un conjunto de acreedores profesionales que, en los últimos años, han ido adquiriendo paulatinamente créditos a las familias y empresas de las entidades de crédito españolas y extranjeras, frecuentemente al descuento. Estas entidades persiguen, la menor parte de las veces, un rendimiento financiero equivalente al de las entidades de crédito cedentes, aunque más abultado. Otras veces, el retorno esperado deriva de la diferencia entre el nominal de la deuda adquirida que se aspira a ver amortizada y el coste de adquisición y demás gastos inherentes a la adquisición y gestión del crédito hasta el cobro. E incluso en otras, la finalidad última de la adquisición de estos créditos es la de llegar a adquirir los activos propiedad de los deudores, sea a través del mecanismo de la dación en pago (*debt-to-asset swap*), sea a través de la ejecución de la deuda, para lucrarse por la diferencia entre el precio de enajenación de los activos, por un lado, y el precio de adquisición de los créditos, los costes y gastos de la gestión y tenencia del crédito primero y de los activos subyacentes después, y los costes de desinversión, por el otro. Ni que decir tiene que cualquiera de estas formas de actuación (en principio lícitas) supone una actividad de intermediación en el mercado secundario del crédito (o, más genéricamente, en el mercado de la inversión) que se ejerce de forma profesional, con medios y recursos adecuados a la complejidad de las situaciones que se plantean. Y atendiendo al hecho de que estos inversores alternativos intervienen en el mercado del crédito empresarial de forma tan iniciada como las propias entidades reguladas, no han sido pocas las voces que propugnan una interpretación extensiva de la expresión “*entidades financieras*” en la que tengan cabida este tipo de organizaciones. Se apela para justificar esta interpretación, entre otras muchas consideraciones, a un objetivo declarado de las últimas reformas de la normativa concursal, como es la preservación de la actividad empresarial del deudor como alternativa a la solución liquidativa a la que de ordinario aboca el concurso: si el mantenimiento de la empresa en funcionamiento y la evitación

del concurso es, con las últimas reformas, un “bien jurídico protegido” por el legislador, debe entenderse el instituto preconcursal de la homologación judicial como un instrumento al servicio de este objetivo y, en consecuencia, debe extenderse uniformemente sus servidumbres a todos aquellos, que, con independencia de su estatuto jurídico y de si están o no sometidos a supervisión prudencial, desempeñan actividades de intervención en el crédito empresarial de manera profesional⁷⁰³.

En este contexto, no puede dejar de mencionarse un creciente fenómeno de extensión de regulación a entidades que, sin estar sometidas a autorización o supervisión cautelar o prudencial, realizan actividades típicas de sectores regulados, muchas veces, de forma habitual y profesional (lo que, en el ámbito de la financiación, se denomina “*non-bank financial sector*” o “*shadow banking*”). Es una tendencia que se aprecia en la legislación internacional⁷⁰⁴, europea⁷⁰⁵ y nacional⁷⁰⁶ y que tiene, como elementos centrales de base, por una parte la protección del inversor y, por otra, la

⁷⁰³ MARTÍNEZ ROSADO, Javier: “Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”, en ARIAS VARONA, Francisco Javier (dir.): *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, Madrid: Wolters Kluwer, 2013, pp. 85-91 o NIETO DELGADO, Carlos: “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación”, en MARTÍN MOLINA, Pedro B., GONZÁLEZ BILBAO, Emilio y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José María (coords.): *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid: Dykinson, 2012, p. 30.

⁷⁰⁴ En EE. UU., por ejemplo, la conocida como Ley Dodd-Frank (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*) de 21 de julio de 2010 incluye un Título IV (denominado “Private Fund Investment Advisers Registration Act of 2010”) destinado a extender a *hedge funds* e instituciones de inversión similares muchas de las obligaciones de transparencia, prevención y revelación de conflictos y comunicación pública de las entidades supervisadas.

⁷⁰⁵ El Informe “*Non-bank financial institutions: Assessment of their impact on the stability of the financial system*” emitido en noviembre de 2012 por la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea ha identificado una importante fuente de inestabilidad para los mercados financieros derivado de la actuación de los *hedge funds*, por ejemplo: “[...] Although comprehensive data is lacking, commentators point to excessive risk-taking by hedge funds, due to prime broker, trading or ownership relationships with banks, as major underlying causes for the build-up of risks. The impact of these risks materialising were viewed to be particularly deleterious to financial instability due to feedback loops involving, for example, liquidity constraints of hedge funds being exacerbated as a result of difficulties in markets for short-term funding” (pp. 92 y ss.). En la misma línea, el Libro Verde de la Unión Europea “El sistema bancario en la sombra” de 19 de marzo de 2012 (COM (2012) 102 final).

⁷⁰⁶ Vale la pena mencionar el Anteproyecto de Ley de Entidades de Capital Riesgo y Otras Sociedades de Inversión (que pretende trasponer a nuestro Derecho la Directiva 2011/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos) que define las “*entidades financieras*” (obviamente, “a los efectos de esta Ley”) como “*aquellas que estén incluidas en alguna de las siguientes categorías: a) Entidades de crédito; b) Empresas de servicios de inversión; c) Entidades aseguradoras; d) Sociedades de inversión colectiva, financieras o no financieras; e) Sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de fondos de pensiones o de fondos de titulización; f) Sociedades de capital-riesgo y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo; g) Entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, emitidas por entidades financieras, tal y como se definen en este apartado; h) Las sociedades de garantía recíproca; i) Las entidades extranjeras, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores [...]*”.

preservación de la estabilidad global del sistema financiero. Pues bien, esta neta tendencia a la equiparación regulatoria (o al menos, a la extensión de una parte de la ingente regulación a que están sujetas las entidades financieras sometidas a supervisión cautelar) podría alentar una modificación legal, o una interpretación jurisprudencial propicia a considerar incluidas en la ámbito de la DA 4.^a LC a aquellas entidades que, sin estar sometidas *per se* a supervisión prudencial, se dediquen de forma profesional a alguna de las actividades financieras reguladas.

En relación con lo anterior, se plantea el caso de la SAREB. Aunque no es una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito ni integran su objeto social ninguna de las actividades reservadas a las entidades financieras supervisadas, se trata sin lugar a dudas de un acreedor profesional (¡y uno de los mayores!). Su cartera crediticia deriva, por lo general, de la actividad crediticia y financiera de las entidades de crédito del Grupo 1 y Grupo 2 (en la terminología del Memorando de Entendimiento suscrito el 20 de julio de 2012 entre las autoridades españolas y las europeas), es decir, créditos de la misma naturaleza (y en el caso de las operaciones sindicadas, del mismo origen) que los créditos de las restantes entidades de crédito que se enfrentan a AR y procesos de homologación judicial. Además, la SAREB se encuentra sujeta a supervisión del Banco de España (arts. 37 y 38 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito) conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. Puede ser titular de hipotecas flotantes (junto con las administraciones públicas y las entidades financieras referidas en el art. 2 de la LRMH), disfruta del régimen de los acuerdos de compensación contractual y garantías financieras regulado en el capítulo II del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (nuevamente como las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las aseguradoras, las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios, los fondos de titulización “*y otras entidades financieras*”, y las entidades públicas, el Banco de España, el Banco Central Europeo y otros demás bancos centrales e instituciones monetarias, las rectoras de los mercados secundarios, sociedades de registro, compensación y liquidación y de contrapartida), así como una especial protección frente a la subordinación concursal de sus créditos (art. 35 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en la redacción introducida por la Disposición Final

3.^a del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero). La SAREB no pierde el derecho de voto respecto a los créditos adquiridos después de la declaración de concurso, como excepción a lo dispuesto en el art. 122 LC, al igual que las entidades sometidas “*a supervisión financiera*” a que se refiere el art. 122.1.2º. Puede emitir instrumentos de deuda y capital susceptibles de inversión por parte del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (Disposición Adicional 5.^a del Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las administraciones públicas y en el ámbito financiero conforme a la redacción del art. 2 del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero). Y se le reconoce condición de entidad de crédito a los efectos previstos en el art. 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades y para que los beneficios fiscales establecidos en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios sean aplicables a las novaciones acordadas por el deudor y la SAREB (Disposición Adicional 20.^a de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito introducida en la Disposición Final 2.^a de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas financieras y tributarias). Y tiene condición de “entidad declarante” a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, como las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades de reafianzamiento, el ICO, el Banco de España, el Fondo de Garantía de Depósitos y la Sociedad Anónima Estatal de Caucción Agraria. Todo ello confiere a la SAREB una posición en el entramado institucional próxima a las entidades financieras. Recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 justifica la limitación subjetiva del acreedor flotante precisamente en la normativa de supervisión al que están sujetas las entidades de crédito (“*Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas*”). De ahí que pareciera razonable extender a la SAREB la condición

de “*entidad financiera*” a los efectos de la DA 4.^a LC⁷⁰⁷.

Esta parece ser la intención de la Enmienda n.º 142 de modificación del apartado 1 de la DA 4.^a LC presentada por el Grupo Parlamentario Popular al proyecto de Ley de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias⁷⁰⁸, finalmente plasmada en la Disposición Final 7.^a, Dos de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias:

“A los efectos de lo dispuesto en este apartado, los préstamos o créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. y que sean de titularidad de ésta o de quienes, por cualquier título, los adquieran de ella serán considerados como si lo fueran de entidades financieras a los efectos del cómputo de la mayoría necesaria para la homologación judicial del acuerdo de refinanciación”.

La redacción es, sin embargo, poco afortunada porque se centra en lo adjetivo (cómputo de mayorías) y no en lo sustantivo (que es extender a la SAREB –o a quienes adquieran de ella– la condición de “*entidad financiera*” a los efectos de la DA 4.^a LC).

De lege ferenda, valdría la pena extender esta misma condición a otros acreedores profesionales, sujetos o no a algún tipo de supervisión cautelar, incluso a quienes mantengan posiciones acreedoras en contratos de financiación u otros contratos o actos con análoga finalidad y los titulares de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen deuda)⁷⁰⁹.

Por último, en el ámbito subjetivo de la DA 4.^a LC queda incluida cualquier entidad financiera del grupo del deudor, por más que sus créditos no computen a efectos de la mayoría de 3/5 del art. 71.6 LC (por disposición legal expresa introducida en la LRLC⁷¹⁰).

⁷⁰⁷ Ídem, PULGAR EZQUERRA, Juana: “SAREB y paraconcursabilidad normativa”, *La Ley* n.º 8200, 27 de noviembre de 2013, p. 4.

⁷⁰⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 49-2, de 30 de octubre de 2013, pp.105-106.

⁷⁰⁹ DE CÁRDENAS SMITH y GARCÍA RODRÍGUEZ patrocinan una interpretación en este sentido del Derecho positivo actual (DE CÁRDENAS SMITH, Carlos y GARCÍA RODRÍGUEZ, Ana: “El concepto de entidad financiera a los efectos de la DA 4.^a de la Ley Concursal”, *La Ley* n.º 8192, de 15 de noviembre de 2013, pp. 1-8).

⁷¹⁰ Sería discutible si esos créditos se descuentan o no para el cómputo del requisito de 55% del pasivo financiero. Aunque la DA 4.^a no contiene una previsión expresa que permita descontar pasivo intragrupo para el cómputo del 55%, a diferencia de lo que ocurre en el art. 71.6 LC, quizá se podría invocar una aplicación analógica.

1.3.3 La imposición coactiva de la espera al acreedor financiero como excepción al régimen general consensual de la novación de las obligaciones. El carácter necesariamente “preconcurzal” de la homologación

La imposición coactiva de la espera a los acreedores financieros disidentes o no participantes que deriva de la homologación judicial conforme a la DA 4.^a constituye una limitación excepcionalísima al principio de relatividad de los contratos (*res inter alios acta*) del art. 1.257 CC y, más en concreto, al régimen general sobre el carácter necesariamente consensual de la novación de las obligaciones que resulta de los art. 1.203 y ss. CC (con las excepciones derivadas de los arts. 1.205 ó 1.211 CC), 1.254, 1.256 ó 1.258 CC. Conforme a este régimen general, la espera en el cumplimiento de la obligación debe consentirla el acreedor. Sólo en el contexto de un procedimiento concursal se puede excepcionar este régimen general en aras de una satisfacción general y colectiva de los acreedores. Pero la homologación judicial de un AR a que se refiere la DA 4.^a es un “*instituto preconcurzal*” (empleando la terminología de la Exposición de Motivos o de la Disposición Transitoria Tercera de la LRLC), cuyo contexto natural es, por tanto, el de un acuerdo alcanzado por una mayoría de los acreedores de un deudor en situación de insolvencia actual o inminente, pero no en concurso⁷¹¹. Por supuesto que la LRLC, como ley posterior que es, puede modificar el CC (art. 2.2 CC). Pero si esa ley posterior (DA 4.^a LC) se enmarca sistemática y programáticamente en el contexto de los institutos preconcursoales, de las situaciones de crisis empresarial severa (actual o inminente) aún no cristalizadas en concurso, es sólo ese el ámbito en el que pueden desplegar sus efectos esa norma.

El carácter excepcional del régimen de la homologación judicial de la DA 4.^a también se revela en la homologación no perjudica los derechos de las “*entidades financieras acreedoras afectadas*” (en mi opinión, de los disidentes o no participantes

⁷¹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 15, 2011, p. 164; HURTADO IGLESIAS, Santiago: “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 20-21. Algunas voces han criticado la opción de política legislativa de regular los AR en sede concursal en lugar de hacerlo en el código de comercio o en la legislación financiera especial con el objetivo de distanciar, aún más, el AR de la dificultad financiera o patrimonial que antecede al concurso: ILLESCAS ORTIZ, Rafael: “Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración empresarial” en BELTRÁN, Emilio, GARCÍA-CRUCES, José Antonio y PRENDES, Pedro (dirs.): *La reforma concursal*, Madrid: Aranzadi, 2011 (1.º ed.), pp. 233 a 235. Se dice así que el AR no es concursal ni extraconcursal, sino anticoncursal. El carácter preconcurzal de los AR en la normativa anterior a la Ley 38/2011 es lugar común en la literatura científica (véase la cita bibliográfica en FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “Una lectura preconcurzal del régimen jurídico de los «acuerdos de refinanciación». El expediente registral preconcurzal”, *ADCon* n.º 21, septiembre-diciembre 2010, pp. 9-80).

en el AR) frente a otros deudores solidarios o frente a los fiadores o avalistas del deudor (DA 4.^a, 5 LC): se extiende (coactivamente) la espera, pero no uno de los efectos naturales de la espera conforme al art. 1.851 CC (en el régimen general de la novación consensual entre acreedor y deudor) y ello, porque la homologación es un resorte excepcional. Naturalmente, esta excepción de la excepción (o sea, el mantenimiento de los derechos frente a co-deudores solidarios, fiadores y avalistas) beneficia sólo a los acreedores financieros disidentes o no partícipes en el AR. Los acreedores financieros que han prorrogado voluntariamente los créditos mediante el AR suscrito con el deudor soportan con toda la severidad las consecuencias que resultan de los arts. 1.143, 1.146, 1.847 ó 1.851 CC en su acción frente a los co-deudores solidarios, fiadores o avalistas, salvo que se hayan derogado convencionalmente para este supuesto (en la misma línea que se permite, respecto al convenio concursal, en el art. 135.2 LC)⁷¹².

De ahí que la interpretación de la DA 4.^a, por lo que supone de excepción a las reglas generales, deba ser restrictiva.

La DA 4.^a no resuelve qué espera se impone a los disidentes en el caso de que en el AR se hayan pactado varias aplicables según la naturaleza de los créditos. Algunos autores habían defendido la aplicación de la espera correspondiente a los acreedores de la clase correspondiente al acreedor disidente de que se trate⁷¹³. Yo, sin embargo, sería más partidario de imponer la espera más corta de entre las pactadas, atendiendo a la conveniencia de hacer una interpretación “*contenida*” de la DA 4.^a.

Adviértase que el deudor no puede encontrarse en concurso al tiempo de la homologación, aunque puede estar en situación de insolvencia actual e incluso de

⁷¹² Se defiende la limitación de los efectos del AR respecto de los fiadores incluso en relación a los créditos de los acreedores financieros suscriptores o adheridos en YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier: “Efectos del concurso sobre las acciones individuales”, en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 254-255 y en SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación...”, *op. cit.*, p. 58.

⁷¹³ PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcursalidad...”, *op. cit.*, p. 32. Esta interpretación quizá tenía más sentido a la vista de la redacción inicial del Anteproyecto, pero la evolución hacia el Proyecto y la Ley finalmente aprobada encaminan en otra dirección. En efecto, donde el Anteproyecto hablaba de “*los acreedores no participantes o disidentes, excepto los dotados de garantía real*”, la ley habla de “[*restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes, cuyos créditos no estén dotados de garantía real*”]; cuando en el Anteproyecto la homologación se condicionaba a la aprobación por acreedores financieros que representen el 75% del pasivo –ahora el 55%–, en la norma aprobada se habla del 55% del pasivo titularidad de los acreedores financieros y donde la Ley finalmente aprobada exige para la homologación que no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras que no lo suscriban o apoyen. QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: “El proceso de reforma de la Ley Concursal” ponencia presentada en el III Congreso Español del Derecho de la Insolvencia: La Reforma de la Ley Concursal, Zaragoza, 5 al 6 de mayo de 2011, p. 16.

insolvencia inminente. La redacción del art. 5 bis LC permite que se empiece a fraguar un AR (que fuera posteriormente a ser homologado) dentro de los dos meses posteriores al acaecimiento de la insolvencia (produciendo la comunicación al juzgado allí establecida el efecto de la inexigibilidad del deber de solicitar el concurso en el plazo del artículo 5.1 LC). Pero también contempla el art. 5 bis LC que dicha comunicación se efectúe antes de que exista insolvencia actual (al haberse suprimido en la LRLC la exigencia de que el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual que figuraba en el desaparecido art. 5.3 LC). Tanto los AR (como género) como su homologación judicial en la DA 4.^a (como especie) se entienden, en la LRLC, como alternativas al concurso o, más específicamente, como “*institutos preconcursales*” (Apartado III de la Exposición de Motivos). En esta línea, el art. 28.6 LC (relativo a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones de la administración concursal) impide el nombramiento como administrador de quien “*como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el número 2.º del artículo 71.6 de esta ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso*”. Además, la homologación judicial es sólo posible en relación con los AR que reúnan los requisitos del art. 71.6 LC, que son aquellos respecto de los que se han cumplido las tres exigencias allí previstas “*con anterioridad a la declaración del concurso*”. En el apartado 6 de la DA 4.^a, la declaración judicial de incumplimiento de un AR homologado judicialmente otorga legitimación a los acreedores para emprender ejecuciones singulares, amén de abrir la vía a la declaración de concurso necesario, nuevamente una referencia (aunque indirecta) a que el momento en el que despliega naturalmente sus efectos la homologación es el preconcursal. El legislador ha querido abrir cauces que permitan a un deudor en una situación objetiva de tensión económica y financiera continuar con su actividad evitando el concurso (arts. 5 bis, 15.3, 71.6, 84.2.11.º, 91.6.º y DA 4.^a LC), lo cual por cierto contrasta con un esfuerzo análogo por parte de ese legislador en anticipar y agilizar la declaración de concurso (declaración inmediata de concurso en caso de embargo o investigación patrimonial en el art. 15.1 LC; incremento del privilegio del acreedor instantáneo del art. 91.7.º LC, etc.).

Pero esa misma ubicación temporal de este expediente en las vísperas del concurso excluye la posibilidad de utilizar la homologación judicial de AR como mecanismo para una novación coactiva de los plazos de las obligaciones, al margen del sistema estrictamente consensual que deriva del CC, cuando la situación objetiva del

deudor no sea la de insolvencia actual, ni la de insolvencia inminente⁷¹⁴. Es verdad que la LC no define la insolvencia inminente por referencia a la previsión del deudor de su insolvencia con un determinada antelación temporal, sino por la previsión del deudor de su incapacidad futura (objetiva, razonable o verosímil⁷¹⁵) de atender regular y puntualmente sus obligaciones (art 2.3 LC). Ello permite “*estirar*” algo en el tiempo esa previsión anticipada de la incapacidad de pagar regularmente que autoriza al deudor acogerse a la protección del concurso pese a no estar en insolvencia actual, pero no más allá de la necesaria cortedad del plazo que denota el adjetivo “*inminente*” en nuestra lengua (“*que amenaza o está para suceder prontamente*” según el Diccionario de la Real Academia) y la necesaria interpretación de las normas, conforme al art. 3.1 CC, “*según el sentido propio de sus palabras*”. De hecho, el 2.3 LC debe necesariamente ponerse en relación con el art. 6.1 LC (“*En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente*”), en el que se refuerza netamente la proximidad en el tiempo entre la previsión del deudor y la insolvencia futura. Por eso, no puede reconocerse en insolvencia inminente a aquél que prevé que no va a ser capaz de cumplir sus obligaciones del próximo lustro si prevé que va a poder cumplir las que venzan próxima o prontamente (en los próximos días, semanas o incluso meses). Por ello, el análisis del juez al aprobar la homologación debe también extenderse a valorar si el deudor estaba en efecto en situación de insolvencia actual o, al menos, inminente al tiempo de suscripción del AR.

Si la declaración de concurso sobreviniera antes de que se produzca la homologación, el juez carecería de potestad para declararla porque, por más similitudes que pueda haber en la práctica, la homologación de un AR no puede asimilarse a un convenio de acreedores.

1.3.4 La excepción: invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real. Delimitación del concepto

La extensión coactiva de la espera pactada en un AR homologado no afecta a los acreedores financieros no participantes o disidentes que gocen de garantía real⁷¹⁶.

⁷¹⁴ En ILLESCAS ORTIZ, Rafael: “Los acuerdos de refinanciación...”, *op. cit.*, pp. 233-235 se entrevé una tesis contraria.

⁷¹⁵ AJdM n.º 2 de Bilbao de 17 de febrero de 2006.

⁷¹⁶ No me referiré aquí, por carecer de sentido en este análisis, a las garantías constituidas por entidades financieras para asegurar sus obligaciones en favor de entidades reguladoras, rectoras de

A estos efectos, no puede desde luego asimilarse el concepto de crédito (financiero) protegido con garantía real al de crédito (financiero) singularmente privilegiado (esto es, el crédito titularidad de una entidad financiera que, de haberse declarado el concurso del deudor, merecería la clasificación de crédito privilegiado conforme al art. 90 LC). Aunque es cierto que todos los créditos con privilegio especial, en la normativa concursal, tienen como elemento común una determinada vinculación funcional entre el crédito y un bien o derecho concreto, no todos los créditos privilegiados especiales del art. 90 LC se benefician de la reipersecutoriedad, la absolutividad y la inmediatez propias de las garantías reales. En efecto, el rasgo más esencial de la garantía real es el de otorgar al titular la facultad de enajenar la cosa afectada mediante los trámites legales establecidos al efecto (o apropiarse de ella, en los casos permitidos) para obtener el valor de la misma e imputarlo a la satisfacción del crédito del titular, con preferencia o prioridad (y consecuente preterición o postergación) de cualesquiera otros derechos o intereses, y ello cualquiera que sea el titular o titulares del bien o derecho gravado al tiempo de la ejecución. Gozan de esa consideración la hipoteca (y la subhipoteca) inmobiliaria (incluyendo la hipoteca legal tácita) (arts. 1.876 CC), la anticresis (arts. 1.881 a 1.886 CC), la hipoteca mobiliaria (arts. 10 y 16 LHMyPSD), la hipoteca naval (art. 28 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval), la prenda ordinaria (arts. 1.857 y 1.858 CC), la prenda sin desplazamiento (art. 10 LHMyPSD) y las garantías financieras (arts. 2 y ss. del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública).

Disfrutan igualmente de garantía real las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (arts. 12 a 15 LRMH), las cédulas territoriales (art. 13 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del sistema financiero), los certificados de transmisión de hipoteca (Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de la Comunidad Europea de Coordinación Bancaria 89/646/CEE e introduce otras modificaciones relativas al sistema financiero de la Comunidad Europea) y las cédulas y bonos de internacionalización (art. 34 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre,

mercados, etc., como las constituidas en favor del Banco de España, el Banco Central Europeo u otros Bancos Centrales Nacionales de la Unión Europea conforme a la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España o en favor de las entidades rectoras de mercados secundarios conforme al art. 59.9 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

Debemos considerar también en este grupo a la condición resolutoria expresa e inscrita (arts. 11 y 23 LH) y a los créditos con privilegio de separación sobre buques o aeronaves conforme a la normativa específica (arts. 580 del Código de Comercio, 31 y 32 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, 133 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea o Convenio de Ginebra de 1993 –BOE de 23 de abril de 2004–; art. 76.3 LC), o el crédito derivado de la compraventa con precio aplazado o los préstamos de adquisición de bienes muebles no consumibles e identificables inscritos en el registro de bienes muebles (arts. 15 y 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazo de bienes muebles).

E incluso habría que contar entre los acreedores con garantía real, a estos efectos, al arrendador financiero de bienes inmuebles con título inscrito, en base al argumento de que la titularidad dominical sobre el bien hasta el ejercicio de la opción de compra residual por parte del arrendatario financiero (si existe) es una titularidad fiduciaria con función de garantía⁷¹⁷ (en definitiva, ya sea dueño pleno, ya dueño fiduciario, va a poder agredir o apropiarse del inmueble para la satisfacción del arrendamiento financiero impagado frente a cualquier poseedor o titular registral posterior). Y también al arrendador financiero de bienes muebles inscrito en el registro de bienes muebles.

No reúne esas características, sin embargo, el crédito refaccionario sobre inmueble no anotado (art. 93 LH *a contrario sensu*) o el refaccionario sobre mueble cuando la cosa haya pasado a posesión de tercero (art. 1.922.1.º CC), o los créditos derivados de préstamos de adquisición o compraventa con precio aplazado de bienes muebles que no hayan quedado inscritos en el registro de bienes muebles si los muebles afectados han pasado a posesión de tercero (art. 1.922.1.º CC).

1.3.5 El caso de los acreedores financieros con garantía real en situación de infragarantía

Para establecer el beneficio de la invulnerabilidad respecto de la homologación, la

⁷¹⁷

Algún pronunciamiento jurisprudencial enfatiza la condición de acreedor garantizado de la entidad de *leasing* frente a su titularidad dominical. La STS n.º 39/2005, de 10 de febrero de 2005, Secc. 1.ª, Sr. Romero Lorenzo, RJ 2005/1405, por ejemplo, sanciona la nulidad radical de la venta de un inmueble a una sociedad de *leasing* para su posterior puesta a disposición al vendedor bajo arrendamiento financiero (*retroleasing*) por entender el tribunal que “*la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a Proleasing la devolución de la suma que prestaba a Emison y el pago de los correspondientes intereses*” con la finalidad de “*eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil*”.

Ley no exige que la garantía real cubra la totalidad del crédito, ni que lo cubra holgadamente, atendiendo a la valoración y a la liquidez del activo gravado. Por tanto, tan acreedor financiero con garantía real a estos efectos es quien goza de hipoteca de primer rango en garantía de un crédito de 10 sobre un bien de 1.000 de valor y con una responsabilidad hipotecaria total de 20, como el que apenas tiene como garantía del mismo crédito una hipoteca de cuarto rango sobre ese mismo bien con una responsabilidad hipotecaria de apenas 5 y siendo la suma de las responsabilidades hipotecarias de las cargas preferentes superior a 1.000. La ley, por tanto, no parece imponer los efectos de la homologación sobre los acreedores financieros reales disidentes o no participantes, aunque se encuentren en situación de infragarantía.

En términos generales, la situación de infragarantía puede derivar de:

- (a) bajo valor en cambio de la cosa gravada en relación a la deuda garantizada en un determinado momento. A su vez, esa puede ser la consecuencia de un deterioro del valor del bien gravado (o su baja apreciación, en un determinado momento, respecto del importe de la deuda). O puede derivar del hecho de que, aun teniendo el bien gravado valor suficiente respecto de la deuda, se encuentra la cosa gravada con cargas preferentes que disminuyen la expectativa de valor remanente para el acreedor de rango inferior. Ambos supuestos podrían ser identificados como de *“infragarantía económica”*.
- (b) afección real o cobertura hipotecaria insuficiente: el bien sobre el que pesa la garantía tiene adecuado valor, pero la garantía se extiende sólo sobre una fracción de la deuda (por ejemplo, se ha constituido una hipoteca de 10 de responsabilidad hipotecaria en garantía de una deuda de 1.000 sobre un activo de 2.000 de valor). En situación concurrencial (por la existencia de acreedores de rango posterior, o porque el deudor se encuentre en concurso), ese crédito sólo va obtener satisfacción de 10. Es lo que podríamos llamar *“infragarantía jurídica”*.

Aunque, en efecto, pudiera en primera instancia extraerse la conclusión de que basta tener una pequeña garantía real (o una mala garantía real) para quedar plenamente inmune respecto de un AR que no se suscribe, veremos más adelante que la inmunidad sólo puede alcanzar al crédito en la medida en que goce de garantía real o, dicho de otra forma, en el alcance o la extensión efectivos de la garantía real: la parte del crédito que

la garantía real no cubra, podrá quedar más tarde o temprano “afectada” por las consecuencias de la homologación judicial. Pero, es verdad que, en tanto en cuanto el acreedor financiero goce de una garantía real, por poco sólida que pueda ser, es inmune a la extensión coactiva de la espera que ocasiona la homologación. Y, por eso, si el deudor voluntariamente paga al acreedor financiero disidente que goce de garantía real tras el vencimiento del crédito garantizado pero antes del vencimiento de la espera pactada en el AR, el pago será debido y no anticipado, al contrario que respecto de los pagos de los créditos de los acreedores firmantes del AR o de los acreedores financieros no firmantes sin garantía real (respecto de ellos, ese pago será anticipado y, en consecuencia, rescindible conforme al art. 71.2 ó 71.3 LC si finalmente sobreviene el concurso, sin posibilidad de que quede amparado el pago por la protección dispensada en el art. 71.6 LC puesto que sería un pago anticipado conforme al AR). Del mismo modo, el impago de créditos vencidos asegurados con garantía real de acreedores financieros disidentes o no participantes en el AR (sea sólida o poco sólida la garantía real) pueden situar al deudor en supuesto de insolvencia conforme al art. 2 LC.

Económicamente, resulta bien discutible esta inmunidad cuando el acreedor real goza palmariamente de infragarantía. Y de ahí puede surgir la tentación de imponer los efectos de la homologación al acreedor real infragarantizado, si bien limitando los efectos de la homologación a la parte del crédito que, por la situación de infragarantía, no goce de cobertura en realidad. En lo que he llamado situación de infragarantía jurídica, sería tanto como someter al crédito del acreedor real disidente a la homologación pero solo en la parte que exceda la responsabilidad máxima hipotecaria. En el caso de la infragarantía económica, se propondría extender las consecuencias de la homologación a la parte del crédito del disidente que supere el valor estimado de la cosa (o el valor remanente de la cosa, descontando las cargas preferentes).

Pero, en ausencia de acuerdo sobre el valor de la garantía (o, dicho de otra forma, de la extensión de la infragarantía), ni siquiera un juez podría imponer, con la regulación positiva española, cuál es la parte del crédito de ese acreedor real que se encuentra adecuadamente cubierta por la garantía real (y, por tanto, no afectada por la homologación) y cuál la no cubierta (y expuesta a la homologación). La ley no impone al acreedor real la obligación de ejecutar la garantía, ni de probar su suficiencia para quedar indemne de las acciones del deudor, del tercer poseedor de la cosa gravada, de los acreedores de unos u otros, etc. Aparte de la destrucción o expropiación de la cosa

hipotecada (que provoca la subrogación *in rem* de la cosa gravada por el justiprecio o la indemnización del seguro), no existe en nuestro Derecho un expediente que permita imponer al acreedor real la sustitución de la garantía real por una prenda de un depósito en efectivo, una fianza de una entidad de crédito o por cualquier otro valor líquido (con mayor razón, si son inferiores al valor del crédito). Ni se puede obligar al acreedor real a ejecutar su garantía o renunciar a ella (incluso con la obligación vencida) salvo, obviamente, con el pago del crédito íntegro o de la responsabilidad máxima hipotecaria (esto último, sólo a favor del tercer poseedor) (*ex* arts. 119 y ss., 127 LH y 221 RH). Ni siquiera en sede concursal se permiten tales imposiciones, quedando limitadas las agresiones al acreedor real a la suspensión temporal de la ejecución (art. 56 LC), a lo dispuesto en el art. 155 LC y a la realización de la cosa garantizada por el administrador concursal –convertido ya en liquidador– en la fase de liquidación para la aplicación del producto al pago del crédito (arts. 142 y ss. LC). No es posible someter a juicio de un tercero, por más independiente y perito que sea, la valoración de mercado del bien al objeto de hacer pasar al acreedor real por las resultas de la homologación en la parte del crédito que exceda ese valor determinado por el tercero. Y por eso creo que, por más evidente que sea la infragarantía económica, no se pueden extender al acreedor real disidente los efectos de la homologación (lo que no obsta a que pueda finalmente quedar sujeta a ella si ejecuta la garantía real, respecto de la parte del crédito que no consiga ver satisfecho).

A lo más que se podría llegar es a entender que, en situación de infragarantía jurídica, el acreedor real queda a salvo respecto de la parte del crédito coincidente con la responsabilidad hipotecaria, pero inerte frente a la homologación por el resto del crédito pero sólo en el caso de que pertenezca la cosa gravada a tercer poseedor, pues sólo éste goza legalmente del derecho a liberar el bien de la carga satisfaciendo únicamente la responsabilidad máxima hipotecaria. Por tanto, si la cosa gravada pertenece al deudor, éste no goza del derecho a neutralizar la garantía real satisfaciendo únicamente la responsabilidad hipotecaria. Pero si pertenece a tercer poseedor, éste tiene el derecho a satisfacer la responsabilidad hipotecaria y liberar el bien, quedando entonces el acreedor plenamente expuesto a los efectos de la homologación por el resto del crédito no satisfecho. Siendo esta la consecuencia que operaría si, siendo la cosa gravada propiedad de un tercer poseedor, decidiera éste satisfacer al acreedor real la responsabilidad máxima hipotecaria, ¿es posible ficcionar ese efecto, sin necesidad de

pagar la responsabilidad hipotecaria y por tanto manteniendo el acreedor disidente su garantía real? Esto es, ¿podrían las partes del AR asumir –y el juez de la homologación sancionar– que, puesto que el tercer poseedor dueño de la cosa hipotecada podría desembarazar el bien satisfaciendo únicamente la responsabilidad hipotecaria, y quedaría así el crédito remanente del acreedor disidente expuesto a la homologación, puede imponerse a acreedor real disidente ese efecto (la sujeción a la espera por la parte del crédito que supere la responsabilidad hipotecaria) sin necesidad de desembarazar en efecto el bien? O incluso, yendo más lejos, ¿es posible ficcionar el desembarazamiento de la garantía real que ocurriría en caso de pago de la responsabilidad máxima hipotecaria por el tercer poseedor en caso de que el bien pertenezca al deudor, apelando a la finalidad de evitación del concurso que subyace en el acuerdo, para extender así al acreedor real disidente los efectos de la espera aunque sólo respecto de la porción del crédito que exceda la responsabilidad máxima hipotecaria? Yo entiendo que no es posible hacer esa ficción –que no tendría norma de cobertura alguna– y que al acreedor real en situación de infragarantía jurídica sólo le serán oponibles los efectos de la espera en la medida en que:

- (a) se libere en efecto la garantía real, lo cual a su vez en nuestro Derecho, sólo es posible con el consentimiento del acreedor, con el pago íntegro del crédito o, en caso de que el bien gravado pertenezca a un tercer poseedor, si satisface efectivamente la responsabilidad máxima hipotecaria, o
- (b) ejecute su garantía real, evidenciando entonces su escasa solidez, y quedando expuesto a la espera (si continúa en vigor) en cuanto al crédito remanente no satisfecho en la ejecución. Y no es por tanto admisible que las partes del AR pretendan –ni que el juez de la homologación conceda– extender los efectos de la espera pactada al acreedor real disidente en situación de infragarantía jurídica respecto de la parte del crédito que exceda de la cobertura hipotecaria, ni al acreedor real disidente en situación de infragarantía económica, en la parte del crédito que exceda del valor de mercado del bien gravado (o el valor de mercado remanente para el acreedor disidente tras descontar las cargas anteriores), aunque ese valor de mercado se estime por perito independiente.

Se ha propugnado incluso, *de lege ferenda*, una modificación de la DA 4.^a que diera cabida a un expediente de valoración o tasación de la calidad de la garantía real del acreedor disidente en situación de infragarantía –jurídica o económica– por parte de

perito independiente –quizá designado por el juez o por el registrador mercantil como en el art. 71.6 LC–, a los efectos de imponerle la espera acordada en el AR respecto de la parte de su crédito que exceda el valor estimado por el perito (tomando el modelo de la normativa americana de insolvencia, en el que la única diferencia entre los acreedores ordinarios –“*unsecured creditors*”– y los acreedores con garantía real –“*secured creditors*”– es que a éstos últimos se les considera titulares de un derecho contingente de propiedad sobre el objeto gravado). Esa modificación no podría hacerse, en mi opinión, sin alterar simultáneamente buena parte del régimen vigente de las garantías reales en especial en el seno concursal, porque no tendría sentido que se pudieran cercenar más ampliamente los derechos del acreedor real en sede pre-concursal, que en sede concursal.

1.3.6 El caso de los acreedores financieros con garantía real no ejecutable separadamente

En los préstamos sindicados resulta habitual que la ejecución de las garantías reales quede sometida a decisión mayoritaria de los co-acreedores (a veces, incluso una mayoría reforzada), no obstante el carácter parciario del crédito y, por ende, de las garantías reales constituidas en su aseguramiento. Por pacto interno, se renuncia así al instituto del art. 227 RH (que permitiría a cualquiera de los co-acreedores ejecutar la garantía real por la porción de su crédito, con subsistencia preferente de la hipoteca de los restantes). Se discute, en este caso, si pueden imponerse los efectos de la homologación al acreedor sindicado disidente cuando otros acreedores sindicados que reúnen “*minoría de bloqueo*” de la decisión de ejecución de las garantías reales, hayan suscrito el AR. En tal caso, el acreedor disidente goza, en efecto, de una garantía real. Pero se trata de una garantía real momentáneamente mermada, pues no puede ser accionada dado que los acreedores de los que depende la formación de la mayoría necesaria para desencadenar la ejecución no pueden votar favorablemente a ésta al haber acordado la espera de sus créditos con el deudor en el AR.

Aunque es un tema que trataré en el apartado siguiente, anticipo aquí la conclusión que se puede alcanzar, que es que acreedor financiero disidente dotado de garantía real que, sin embargo, no es capaz de ejecutar la acción real carece del único elemento en el que la norma fundamenta la inoponibilidad de la espera (que es la posibilidad de ejecutar la cosa o derecho en que la garantía real consista) y debe quedar por tanto expuesto a la imposición que resulta de la homologación.

1.3.7 Efecto secundario de la homologación: la paralización de ejecuciones singulares

La imposición de la espera pactada a los acreedores financieros disidentes o no participantes que se deriva de la homologación judicial se complementa con la posibilidad (que no efecto automático o inexorable) de decretar la paralización de las ejecuciones singulares frente al deudor. La DA 4.^a contempla dos medidas de paralización de ejecuciones:

- (a) Una primera, de vocación claramente limitada en el tiempo, que podría alcanzar hasta la homologación pero con el máximo de un mes (y que podríamos denominar “*paralización de tramitación*”). Esta primera paralización se decreta por el secretario judicial, a la mera solicitud del deudor, y sin que, por tanto, parezca estar sujeta a apreciación o valoración alguna.
- (b) Una segunda paralización, de alcance temporal más dilatado, que iría desde la homologación judicial hasta el fin de la espera pactada en el AR, con el límite máximo de los 3 años. Designaremos a ésta, para distinguirla de la anterior, como la “*paralización definitiva*”. Esta paralización, por el contrario, incumbe al juez y su estimación está sujeta, además de a solicitud por el deudor, a la apreciación valorativa del juez (“*previa ponderación de las circunstancias concurrentes*”). La redacción es algo confusa sobre si el límite de los 3 años se refiere a la espera máxima que se puede imponer a los acreedores disidentes o no participantes en el AR o al plazo máximo de paralización de ejecuciones (“*...podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años*”). La coma, la localización sistemática de este límite temporal en el apartado 3 de la DA 4.^a y no en el apartado 1 que es el que se refiere a la extensión forzosa de la espera (“*Por la homologación, los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras...*”) y la referencia a la “*espera pactada*” en este apartado 1 me anima a pensar que es un límite a la paralización de ejecuciones y no a la espera coactivamente impuesta a los disidentes o no adheridos⁷¹⁸.

⁷¹⁸

A favor, el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Logroño de 4 de abril de 2012 (JUR 2012/304839) (“*Habrà que interpretar el precepto en el sentido de paralizar las ejecuciones singular (sic) realizada por BANKIA, S.A.U. durante el plazo de espera, pero dado que la espera*”).

En contra de esto, se ha señalado que el entendimiento del plazo de 3 años como límite a la paralización de acciones y no a la espera coactiva topa con el sinsentido de que, cuando la espera pactada es superior a tres años, el acreedor no firmante o el disidente al que se impone la espera mayor de tres años, tampoco podrá ejecutar llegado el tercer aniversario, porque la deuda no habrá vencido merced a la más

supera el plazo máximo establecido en la disposición legal, la suspensión de la ejecución se establece únicamente durante el plazo de tres años, siendo que en otro caso se podría comprometer el éxito del acuerdo alcanzado con la mayoría con la postura de resistencia de la minoría"; se refería a un supuesto en el que se pactaba una espera de dos años, con abono de intereses; en relación al 40% de la deuda, el principal se abonaría durante los siguientes cinco años; en relación al restante 60%, se irá pagando durante los siguientes ocho años; el auto no acaba de concretar si la espera que se extiende al disidente es de dos años –la espera pactada–, de tres años –porque la paralización de ejecuciones sí se decreta por tres– o incluso más allá en coherencia con el alargado calendario de amortización pactado para el 40% y el 60% de la deuda). También el AJdM n.º 2 de Sevilla de 21 mayo de 2012 (AC 2012/1498) (*"A tales efectos asimismo se valora oportuno declarar subsistente la paralización de la ejecución singular interesada y ya acordada en esta sede perentoriamente por decreto antecedente, prudencialmente, como se solicita, -dentro del máximo legal permitido-, hasta la resolución final y firme de homologación judicial que se señala, considerando ya la sujeción que para el propio acreedor representa la conformidad expresada al acuerdo de autos, y por ende en el interés del mismo"*); se sanciona una espera de diez años para las entidades bancarias, con dos de carencia, garantizada con hipoteca sobre las oficinas y almacén del deudor, en igualdad de rango, con un 100% de adhesión del pasivo financiero). En el mismo sentido, Seminario de Jueces Mercantiles de Cataluña de 5 de julio de 2013, apartado II, sub-apartado 3, pp. 6-7; el AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013, apartado Cuarto (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, p. 33717): *"Una primera impresión es que el "que no podrá superar los tres años" se refiere al plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación. Pero esta limitación no resulta de la propia redacción legal porque la citada expresión/limitación viene precedida de una coma que la desvincula del antecedente inmediato ("durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación") y la vincula al antecedente remoto ("la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras")*" y la SJdM n.º 5 de Barcelona n.º 118/2013 de 7 de agosto de 2013 (La Ley 130239/2013) que desestima la impugnación del anterior. En contra, el AJdM n.º 3 de Gijón de 10 de julio de 2012 (AC 2012/1189): *"No parece que el plazo de espera convenido [...] suponga un perjuicio o sacrificio excesivo [...] especialmente si se tiene en cuenta que se pacta una espera de un solo año, en un máximo de tres que permite la LC (D.A. 4ª 3.II)"*). Finalmente, parece obviar cualquier límite temporal el AJdM n.º 6 de Barcelona de 5 de junio de 2012 (Cendoj 08019470062012200001) que sanciona la homologación de un acuerdo con una espera de siete años, con dos de carencia de principal, extendiendo a los acreedores financieros disidentes *"los efectos inherentes al Acuerdo, si bien con exclusión de la emisión de nuevas líneas de financiación de circulante, por entender que constituye un sacrificio desproporcionado para las referidas compañías no firmantes"* y *"la paralización de las ejecuciones promovidas o que pudieran instarse por las entidades financieras acreedoras, durante el plazo de espera pactado"*. Es de destacar que las nuevas líneas de financiación referidas estaban *"limitadas cuantitativamente a los importes de pago de intereses y amortización que corresponden a la participación en el endeudamiento de cada una de ellas [las entidades]"*. Aunque, conforme a la literalidad de la DA 4.ª, el juez quizá no tuviera margen para obligar al disidente a extender la nueva financiación (pese a que esta nueva financiación iba estrictamente destinada al pago de sus propios intereses bajo los préstamos existentes), se produce con el auto el pernicioso efecto de que los acreedores disidentes devengarán intereses durante la espera que tendrán que financiar los acreedores firmantes. Esto se podría haber evitado habiendo estableciendo una espera también respecto a los intereses (que sí se habría podido imponer a los disidentes en la homologación), en lugar de mantener el devengo para todos pero prever que cada entidad debería facilitar nueva financiación para el pago de sus propios intereses (estructura muy usual en la práctica, por la maldita influencia de las provisiones y el tratamiento contable de los riesgos crediticios, pero mucho más compleja que la simple espera – con o sin capitalización– de intereses).

larga espera aplicable, haciendo así estéril o inútil la limitación a tres años de este apartado de la DA 4.^a Es posible oponer, sin embargo, dos argumentos a esta objeción. El más contundente, en mi opinión, es entender que ese plazo máximo de paralización de acciones de tres años opera respecto de todos los acreedores financieros (las “*entidades financieras acreedoras*”, dice literalmente el precepto), sin hacer distinciones entre si son los firmantes del AR, los disidentes o no firmantes a los que se extienda la espera coactivamente, o incluso las entidades financieras dotadas de garantía real (inmunes a la espera). Esta interpretación vuelve a deshacer el sinsentido: todas las entidades financieras van a verse sujetas a ese plazo máximo de 3 años de paralización de acciones, tanto aquellas que han podido aceptar la espera como a las que se les imponga coactivamente e incluso a las entidades financieras dotadas de garantía real obviamente cuando se dirijan frente a bienes o derechos distintos de los hipotecados o pignorados (como se analiza posteriormente, la paralización en ningún caso puede afectar a las acciones respecto de los bienes o derechos sobre los que recae la garantía real). Una segunda argumentación para desbaratar la objeción es entender, como hace la sentencia n.º 118/2013 del JdM n.º 5 de Barcelona de 7 de agosto de 2013 (Ley 130239/2013) que desestima la impugnación promovida contra la homologación del AR del grupo de Celsa, S.A., que paralización de ejecuciones y espera coactiva son dos realidades no necesariamente coincidentes que pueden coexistir “*previa ponderación de las circunstancias concurrentes*” y siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades disidentes. Así, se dice, es posible “*extender una espera pactada de 5 años y no acordar paralización alguna*” (cosa que comparto) o “*extender la espera pactada de 5 años a unos disidentes sí y a otros no, pero sí una paralización de ejecuciones por 3 años, por no ser estratégicos, por no ser necesarios para el éxito de la refinanciación en el corto y medio plazo o sencillamente, para salvar el juicio de sacrificio desproporcionado*” (que también puedo compartir) o incluso “*extender una espera pactada de 5 años y acordar la paralización de ejecuciones reales por plazo máximo de tres años ya que no es posible imponer al acreedor real los efectos de la espera pactada*”⁷¹⁹. De esto último discrepo vivamente si se refiere

719

Esta tesis tiene sin embargo apoyo en las conclusiones de Seminario de Jueces Mercantiles de Cataluña de 5 de julio de 2013: “*En el caso de que una refinanciación precisara de una paralización superior a los tres años de las ejecuciones promovidas por entidades financieras*

precisamente a la ejecución de los bienes o derechos en que consiste la garantía real como se explicará más abajo.

Sea una cosa u otra, en la práctica, el establecimiento de este límite temporal máximo quizá animará a los acreedores firmantes del AR a no aceptar voluntariamente una espera mayor⁷²⁰.

El juez no podría declarar de oficio la paralización de ejecuciones para el caso de que no se hubiera solicitado por el deudor. Igualmente, dado que el precepto se refiere a *“declarar subsistente la paralización”*, parecería no tener cabida la paralización definitiva si no se hubiera interesado la paralización de tramitación. Los acreedores firmantes del acuerdo no tienen legitimación para interesar del juez ninguna de las dos (por lo que, para asegurarse de que el deudor las solicita, deben haber establecido obligaciones contractuales a cargo del deudor en el AR, o haber sujetado su eficacia a la condición de su solicitud por el deudor, sea con carácter suspensivo o resolutorio del AR).

La paralización afecta tanto a las ejecuciones en curso en el momento en que se decreta, como a las que quisieran iniciarse en tanto subsista, y ello porque la motivación de la paralización en el contexto de la DA 4.^a es coadyuvar a la realización del “bien jurídico protegido” que subyace a la misma homologación, esto es, la evitación del concurso merced al sacrificio voluntariamente aceptado por una parte relevante de los acreedores financieros del deudor en un acuerdo de refinanciación por el que se *“proceda, al menos, a una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones”*, en el marco de un *“plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”*, *“informado favorablemente por un experto independiente”* (art. 71.6 LC, por remisión del apartado 1 de la DA 4.^a) y en la necesidad de evitar que ese sacrificio se frustre como consecuencia de las acciones de una minoría de acreedores financieros disidentes, pudiéndose malograr tanto por iniciación de ejecuciones nuevas tras la homologación,

disidentes cuyos créditos estén dotados de garantía real y a los que no se les puede extender los efectos de una espera pactada por tiempo superior a esos tres años podría entenderse que el acuerdo causa sacrificio desproporcionado a aquellas entidades financieras no adherentes y no sería homologado judicialmente”.

720

En algunas resoluciones judiciales se homologan sin embargo plazos más largos: 2 años de carencia y 5 de amortización (AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013, BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, pp. 33765-33775), 6 años de amortización (AJdM n.º 1 de Oviedo de 28 de enero de 2013, BOE n.º 36, de 11 de febrero de 2013, p. 6827) o 2 años de carencia y 10 de amortización (AJdM n.º 2 de Sevilla de 21 mayo de 2012, AC 2012/1498).

como por continuación de las iniciadas antes de la homologación. En contra de esto, se ha afirmado (AJdM n.º 6 Madrid de 17 de diciembre de 2012, JUR 2013/85024) que la paralización de la DA 4.ª LC no afecta a las ejecuciones ya iniciadas en base a una interpretación literal y rigorista de la DA 4.ª dado que (a) cuando el legislador concursal ha querido hacer referencia a la cesación de ejecuciones ya iniciadas utiliza el término “*suspensión*”, no “*paralización*”; (b) ello es coherente con el art. 568 LEC en cuanto que el secretario mercantil ordena la inadmisión de las demandas de ejecución separada y el secretario civil la suspensión de las actuaciones ejecutivas en trámite; (c) la paralización de las ejecuciones futuras aparece unida, a lo largo de la LC, al señalamiento de un determinado plazo temporal (lo que no ocurre con la suspensión) o a la finalización de una fase procesal, de forma que unida la “paralización” de la DA 4.ª a un plazo –un mes en la paralización de tramitación–, o al dictado de determinada resolución –la resolución que aprueba la homologación–, mantiene el legislador en la DA 4.ª el mismo esquema de procedimiento que para la evitación de nuevos procesos de ejecución y (d) ello es más coherente con la tutela judicial efectiva, pues la ejecución ya iniciada sólo podría suspenderse en los casos señalados por las leyes (art. 565.1 LEC) lo que no procedería hasta la declaración de concurso. Ninguno de dichos argumentos es inconcuso, debiendo prevalecer la interpretación que se basa en la *ratio* de la norma. Ésta, además, se ha visto reforzada con la introducción del art. 235.2 LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pues en el ámbito concreto del AEP se utiliza el mismo término (“*paralización*”) para englobar tanto la suspensión de las ejecuciones en tramitación, como la prohibición de las futuras.

La determinación del alcance de la paralización de ejecuciones es una de las cuestiones más estimulantes en torno a la DA 4.ª LC.

Es obvio que la paralización no puede alcanzar a las ejecuciones intentadas por acreedores reales no financieros disidentes o no participantes en el AR respecto de los bienes hipotecados o pignoralados, ni a las ejecuciones intentadas por esos mismos acreedores no financieros disidentes o no participantes con garantía real respecto de cualesquiera otros bienes del deudor ni, por último, a las intentadas por cualquier acreedor no financiero disidente o no participante sin garantía real⁷²¹. (Me refiero

⁷²¹ En el mismo sentido, Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la Reforma LC (13 de diciembre de 2011), Conclusión I.1º; AJdM n.º

exclusivamente a los disidentes o no participantes porque naturalmente entiendo que la paralización de ejecuciones se habrá impuesto por vía contractual, a los acreedores, financieros o no, firmantes del AR). Todo ello parece una consecuencia directa de que los acreedores no financieros son totalmente inmunes respecto de los efectos de la homologación judicial de un AR, así como de que la paralización de ejecuciones de la DA 4.^a sólo tiene encaje, por sistemática y por finalidad, respecto de los acreedores financieros⁷²². En cuanto a la paralización definitiva, además, resulta de la propia literalidad de la norma que se refiere únicamente a la “*paralización de ejecuciones de las entidades financieras acreedoras*”. Aunque esta mención no se recoja respecto a la paralización de tramitación, piénsese que la paralización definitiva no es sino una continuación de la paralización de tramitación (“*podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones*”) y no una cosa distinta o con otro ámbito funcional.

¿Y respecto a los acreedores financieros?

- (a) Podría enunciarse una primera tesis, que excluiría de la paralización (tanto de la paralización de tramitación, como de la definitiva) a las ejecuciones singulares desatadas por el acreedor financiero disidente o no participante en el AR que goce de garantía real. Ello sería un corolario de la inmunidad de que disfruta el acreedor real financiero disidente o no participante respecto a la extensión coactiva de la espera derivada de la homologación: si al acreedor financiero con garantía real no se le impone el efecto esencial de la homologación (la espera), tampoco le puede afectar un efecto secundario (no necesario) como es la paralización de ejecuciones⁷²³, porque otra cosa sería aplicar la regla “*qui potest plus, potest minus*” exactamente al revés.
- (b) Una segunda tesis, sin embargo, haría extensiva la paralización de tramitación respecto de las ejecuciones singulares intentadas por cualquier acreedor financiero disidente o no participante, tenga o no garantía real. La justificación estaría en el

3 de Gijón de 10 de julio de 2012 (AC 2012/1189) (“*Finalmente, respecto de la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación alcanzado por TABLEROS Y PUENTES, S.A., con sus acreedores comerciales, no procede su aprobación, puesto que la D.A. 4ª [...], únicamente se refiere a los acreedores financieros, limitándose los efectos de los acuerdos de refinanciación con los acreedores comerciales a los previstos en el art. 71 y ss., sin que sea posible o legalmente previsto una homologación judicial, con extensión de efectos a terceros o paralización de ejecuciones singulares*”); NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal y Acuerdos de Refinanciación”, Materiales del Aula de Derecho Concursal del Instituto de Empresa, 20 de marzo de 2012, p. 22 y SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación...”, *op. cit.*, pp. 58.

⁷²² PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcursalidad...”, *op. cit.*, pp. 28 y 31.

⁷²³ NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, p. 23.

escaso sacrificio que supone una paralización de apenas un mes máximo, cuando se compara con el potencial beneficio (para todos los acreedores) que puede resultar de la homologación judicial de un AR que, por imperativo del art. 71.6 LC, ha de responder “*a un plan de viabilidad que permita la continuidad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*”. En definitiva, la necesidad de salvaguardar la continuidad de la empresa, justifica que se imponga a todos los acreedores financieros una paralización de ejecuciones de tan escasa proyección temporal. Esta interpretación extensiva de los efectos de la paralización de tramitación respecto de acreedores en principio inmunes a los efectos de la homologación (acreedores financieros con garantía real) podría apoyarse en la limitación que se impone a los acreedores (firmantes o no de un AR) respecto del ejercicio de las acciones de impugnación tras la declaración de concurso: por la misma razón que la Ley ha excluido la legitimación activa subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de acciones de impugnación de los AR que cumplan los requisitos del art. 71.6 LC (art. 72.2 LC), podría defenderse esta aplicación extensiva de uno de los efectos de la homologación (realmente leve) a acreedores afectados (entidades financieras) aunque inmunes a ella (con garantía real). Algunas voces van incluso más allá para defender la extensión de los efectos de la paralización definitiva (y no sólo la paralización de tramitación) a los acreedores financieros, aún dotados de garantía real⁷²⁴.

724

Seminario de Jueces Mercantiles de Cataluña de 5 de julio de 2013, apartado II, sub-apartado 3 (p. 7): “*Está claro que está prohibido legalmente extender el nuevo plazo de vencimiento (o aplazamiento del pago) –la espera pactada– a los disidentes dotados con garantía real, pero ello no impide que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda declarar subsistente la paralización de ejecuciones de cualquier tipo promovidas por ellas, incluidas las de garantías reales. En efecto, según la DA4LC ap. 3 párrafo segundo en la homologación se podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras sin que la Ley distinga si la ejecución es de garantía real o no (“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos”)*”. Apuntando a la misma conclusión final, el AJdM n.º 2 de Barcelona de 10 de abril de 2013 (Cendoj 08019470022013200001) que extiende la espera pactada a los disidentes, aún dotados de garantía real, aplicando analógicamente la regla de paralización de acciones en el concurso del 51.6 LC. Ídem, ANTÓN GUIJARRO, Javier: “El crédito garantizado con hipoteca...”, *op. cit.*, p. 128: “*Ciertamente el precepto no especifica si las ejecuciones cuya paralización pueda solicitar el deudor abarca aquéllas dirigidas contra los bienes sobre los que se hubieran constituido garantías reales, si bien la interpretación de la norma debe conducir a una respuesta afirmativa*”; PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcursalidad...”, *op. cit.*, p. 35: “*...no aludiendo sin embargo en este ámbito a los acreedores dotados de garantía real, por lo que parece en principio que dicha paralización también se extendería a los acreedores dotados de garantía real, lo que coadyuvaría a la ejecución del acuerdo y adelantaría en el tiempo, en aras de la conservación, al momento de la declaración de un acuerdo preconcursal de refinanciación, uno de los efectos derivados de la declaración del concurso regulado en el art. 56 LC*”, y PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y Fresh Money”, *op. cit.*, p. 53. En PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores...”, *op. cit.*, p. 6, con la Ley 38/2011 ya aprobada, se muestra

Rechazo esta interpretación. En primer lugar, porque las medidas excepcionales de paralización de ejecuciones singulares que establecen los artículos 55 y ss. LC se anudan a la declaración de concurso y sólo a ésta (no en vano, se ubican en un Título que lleva por rúbrica “*De los efectos del concurso*”). Hasta ese momento, es de plena aplicación el régimen sustantivo y procesal de reclamación de créditos, que autoriza al acreedor a proceder con tal de que el crédito sea líquido, vencido y exigible (y, en ocasiones, incluso sin cumplirse todos esos requisitos, si bien con carácter meramente cautelar). Por todo ello, se me antoja completamente desmedido que se pueda restringir el derecho omnímodo del acreedor a proceder a la ejecución singular, en la mejor defensa de sus derechos, con pleno respeto de la normativa sustantiva y procesal antes de que entren en juego las suspensiones concursales, a falta de una declaración legal terminante que así lo extendiera. En ausencia de esa declaración legal expresa, la única interpretación coherente del alcance de la paralización de tramitación es la que abarca a los acreedores financieros disidentes o no participantes en el AR que, además, carezcan de garantía real.

Se apela, para justificar esta segunda tesis, que es innecesario declarar (como hace la DA 4.^a, apartado 3) la paralización de ejecuciones respecto de los acreedores financieros firmantes del AR o los afectados coactivamente por la homologación, puesto, el acuerdo respecto a los primeros y la homologación respecto de los segundos, produce de forma inmediata la novación de los créditos de todos ellos, al menos en cuanto a la espera pactada. Los efectos de la homologación se producen sin posibilidad de suspensión (incluso aunque se promuevan impugnaciones) desde el día siguiente al de publicación de la sentencia en el BOE (DA 4.^a, apartado 5): si los créditos están aplazados, ¿qué falta hace declarar la paralización de las ejecuciones singulares? Si se incluye expresamente la posibilidad (que no efecto necesario) de que la homologación suponga la paralización de ejecuciones individuales, será (se argumenta) porque los sujetos pacientes de la misma no son los acreedores financieros adheridos al AR o los no participantes o disidentes a los que se impone la espera por la homologación

algo más cauta, apoyando la extensión de la paralización al acreedor financiero con garantía real de lege ferenda: “... no especificándose, en la reforma española, si dicha paralización se extendería a los acreedores con garantía real, lo que a mi entender y, de nuevo y por las razones ya expuestas, se debería hacer explícito...”.

judicial, sino los restantes acreedores financieros, o sea, los que tienen garantía real. Se trata así de justificar esta aparente redundancia de la norma en que se quiere afectar a los acreedores financieros con garantía real. No están afectados por la espera, pero sí por la paralización de ejecuciones. Una gran parte de las resoluciones judiciales que sancionan la homologación se pronuncian en términos amplios, parafraseando la redacción de la norma, dando cabida así a una paralización de acciones que afecta a todas las entidades financieras acreedoras⁷²⁵.

En ningún caso puedo compartir que la paralización definitiva se imponga respecto de las ejecuciones de los bienes o derechos en que consiste la garantía real. Si el acreedor real no está afectado por la espera –y sobre esto, no hay duda alguna–, tampoco debería estarlo respecto de una de las consecuencias posibles –pero no necesaria– de la homologación como es la suspensión de ejecuciones. Además, resultaría ciertamente absurdo que, en el seno de un proceso concursal, el acreedor con garantía real sólo vea paralizada la ejecución del bien gravado durante el plazo máximo de un año (arts. 55.4, 56.1 y 57 LC⁷²⁶), en tanto que, por virtud de un procedimiento de homologación, que necesariamente tiene génesis y resolución preconcursal, puedan segregarse más intensamente los derechos del acreedor real (hasta 3 años). Recuérdese que el apartado III de la Exposición de Motivos de la LC justificó esa espera obligatoria y limitada de un año para los titulares de garantías reales que la LC vino a introducir en nuestro Derecho atendiendo al *“tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia”*, no teniendo justificación una espera más dilatada en el seno de un instituto preconcursal. A mayor abundamiento, la normativa sustantiva y procesal sólo contempla la paralización de las ejecuciones de bienes hipotecados o pignorados como consecuencia de la declaración del concurso (véanse, entre otros muchos, los arts. 127 *in fine* LH o 568 LEC).

A lo más, se podría llegar a justificar que la paralización de tramitación abarca a las ejecuciones singulares intentadas por acreedores financieros con garantía real sobre

⁷²⁵ “Asimismo, se acuerda la paralización de las ejecuciones promovidas o que pudieran instarse por las entidades financieras acreedoras contra el refinanciado durante el plazo de tres años” en el AJdM n.º 8 de Barcelona de 23 de enero de 2013 (BOE n.º 127, de 28 de mayo de 2013, pp. 27144-27145 o en el AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013 (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, pp. 33765-33775).

⁷²⁶ El mismo sacrificio máximo de paralización de ejecuciones judiciales o administrativas durante un año se establece ahora para los acreedores contra la masa *ex art* 84.4 LC.

bienes ajenos a los hipotecados o pignorados⁷²⁷. Y esta creo que es la interpretación más correcta. Porque si bien se declara al acreedor financiero real inmune a los efectos de la homologación, esta inmunidad sólo puede extenderse al privilegio especial, respecto del privilegio especial o del objeto en que su garantía consiste.

La doctrina y la jurisprudencia son ahora unánimes al considerar que el acreedor real ostenta una doble acción; una derivada del crédito, que se dirige contra el deudor (y, en su caso, los co-deudores o fiadores) y que afecta a todo su patrimonio y otra derivada de la garantía real, que se dirige exclusivamente contra el propietario del objeto hipotecado o pignorado⁷²⁸. Así, el acreedor financiero real puede tanto ejercitar la

⁷²⁷ Esta parece ser la conclusión en el apartado I.1º de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la Reforma LC (13 de diciembre de 2011): “*Tampoco quedarán comprendidos [por la paralización de ejecuciones] ni los apremios administrativos ni las ejecuciones de garantías reales, en este último caso ni siquiera aunque hayan sido instadas por entidades financieras*”. Más abajo, sobre el ámbito de la paralización, reza: “*La solicitud deberá expresar cuáles son las ejecuciones de esta clase (seguidas a instancias de entidades financieras, que no se destinen a la realización de garantías reales) que estén pendientes...*”. Resulta revelador a estos efectos que algunas de las resoluciones judiciales que han acabado extendiendo la paralización de acciones respecto de acreedores dotados de garantía real se hayan referido, en su justificación, a la existencia de bienes libres de cargas en la entidad solicitante (situación que se pretende preservar en aras de la eficacia del acuerdo de refinanciación imponiendo la paralización a los acreedores con garantía real) (AJdM n.º 2 de Barcelona de 10 de abril de 2013, Cendoj 08019470022013200001). En mi opinión, esa motivación justifica que se imponga la paralización al acreedor real respecto del resto de los bienes del deudor en que no consiste su garantía (precisamente para asegurarse que se mantienen libres), pero en ningún caso respecto del bien en que consiste su garantía. Si el legislador no hace extensivo al acreedor real disidente o no participante el efecto de la espera, no hay razón alguna para imponerle la paralización de la ejecución de su garantía real.

⁷²⁸ ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, op. cit., tomo X, pp. 265 y ss., y, además, el acreedor real puede hacer uso de ambas acciones. Ídem LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol., 2.º, op. cit., p. 295; BARBANCHO TOVILLAS, José Francisco: *Comentarios a la nueva LEC*, op. cit., p. 3.081 (“*El acreedor hipotecario, como titular del crédito hipotecario, ostenta una doble titularidad activa. Por una parte, es titular de un derecho de crédito y, por otra es titular del derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del crédito*”); MONTERO AROCA, Juan: “Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva”, *Actualidad Civil*, n.º 45, diciembre de 1997, p. 1.129; ADAN DOMENECH, Frederic: *La ejecución hipotecaria*, Barcelona: Ed. Bosch, 2009, p. 50 o LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El derecho real de hipoteca y su conexión...”, op. cit., p. 31 (“*el objeto del derecho del acreedor hipotecario no es exclusivamente una prestación personal (una conducta) sino, además, un poder sobre una cosa (la finca hipotecada)*”). En este mismo sentido, el AAP Burgos de 22 de mayo de 2006, Secc. 3.ª, Sra. Villimar San Salvador, JUR 2006/177710: “[...] cuando en un mismo documento público que reúne todos los requisitos previstos en el artículo 517.2.4º de la LEC, se constituye una garantía hipotecaria, el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento, siendo el primero la escritura constitutiva del derecho real de hipoteca que se puede ejecutar por el procedimiento de ejecución sumario del 131 LH actualmente a través del procedimiento previsto en los artículos 681 y ss. de la LEC, y el segundo esa misma escritura, reúne los requisitos del artículo 517.2.4º de la LEC, persiguiéndose con este segundo procedimiento todo el patrimonio del deudor presente y futuro con el que responde de sus obligaciones...”. Ídem AAP Madrid n.º 113/2006 de 8 de junio de 2006, Secc. 11.ª (Sra. Ruiz de

acción personal como la real para el cobro de su crédito: cuando ejercita la acción real, es inmune a la paralización de ejecuciones; cuando ejercita la acción personal, sin embargo, queda afectado. Ello porque, aunque goce de garantía real, se trata de un acreedor financiero. Y es a los acreedores financieros a quienes se les aplica el régimen (excepcional) de la DA 4.^a, cuando concurren los requisitos allí establecidos. Porque el legislador ha querido favorecer la continuación de la actividad empresarial y la evitación del concurso, potenciando para ello los AR e imponiendo a los acreedores financieros (y sólo a ellos) el diferimiento –la espera– de sus créditos, como elemento *sustantivo* para el mantenimiento de la actividad, y la paralización de ejecuciones, como elemento *instrumental* del mantenimiento de la actividad. Estando el acreedor real a salvo del elemento sustantivo (esto no es debatible), debería estarlo también del instrumental en lo que hace al aspecto más íntimo de su condición de acreedor con garantía real que es la reipersecutoriedad o el poder de agredir la cosa gravada, pero no en lo que hace al resto de bienes del deudor (a los que puede dirigirse exactamente en la misma condición –y no mejor– que los demás acreedores financieros sin garantía real afectados por la homologación del AR y por la paralización de ejecuciones).

La regla general, por tanto, es el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC) y el libre ejercicio de los derechos y acciones que incumben al acreedor cuando la obligación deviene exigible. La excepción a la regla es la imposición coactiva de la espera a los disidentes y la paralización de ejecuciones singulares, y ello sólo respecto de los acreedores financieros, los AR que cumplan los requisitos del 71.6 LC y con las exigencias adicionales de la DA 4.^a.

Y la excepción a la excepción es que, ni la espera coactiva ni la paralización de ejecuciones afectan al acreedor financiero dotado de garantía real, respecto del objeto preciso de su garantía, en cuanto alcanza su garantía o cuando persigue los bienes gravados a su favor. En efecto, los acreedores disidentes o no participantes de carácter financiero que gocen de garantía real son inmunes al efecto coactivo de la espera derivada de la homologación, así como a uno de sus posibles efectos conexos, como es la paralización definitiva. Sin embargo, ello sólo es válido cuando ejercitan la acción real. Si ejercitan la acción personal o se dirigen contra bienes del deudor distinto de los

Gordejuela López) (JUR 2006/288023). La SAP Málaga de 13 de junio de 1994, Secc. 5.^a (Sr. De la Torre Deza) (La Ley 9195/1994) va incluso más lejos al afirmar el derecho del acreedor a ejecutar ambas acciones simultáneamente y eso que, antes de la reforma de la LEC, la literalidad del art. 1447.1 LEC (“*Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar*”) parecía excluir el ejercicio simultáneo.

gravados, quedan afectados por la paralización. Porque la inmunidad se ofrece no en función de la condición subjetiva de “*acreedor real*” (cualesquiera que sean las características singulares de su garantía real), sino en relación exclusivamente con el alcance de su garantía real, con el contenido de su derecho real, respecto de la afección real concreta en que su garantía consiste, apenas. Limitar el derecho (o el privilegio) del acreedor real únicamente respecto del valor de la cosa dada en garantía es, por otra parte, el principio general de nuestro Derecho, tanto en casos de concurrencia singular –véanse, por ejemplo, los arts. 1.922.2.º CC (“*sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor*”), 1.926 CC (“*hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere*” o “*hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda*”), 1.927 CC (“*hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera*”) –, como colectiva –véanse, los arts. 59.1 LC (“*que serán exigibles [los intereses de los créditos con garantía real] hasta donde alcance la respectiva garantía*”), el 92.3.º LC (carácter subordinado de los intereses o recargos “*salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*”) o los arts. 89.1, 154.2 ó 155.1 LC (los créditos con privilegio especial se pagarán, como regla general, “*con cargo a los bienes y derechos afectos*”, si bien se recogen allí una serie de excepciones o “*fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso*” por emplear la justificación de la Exposición de Motivos de la LC).

En definitiva, que los derechos que se reconocen al acreedor real en nuestro Derecho se circunscriben a la cosa gravada, cuando entran en competencia con los de otros acreedores o terceros titulares sobre la cosa gravada. Reconocer al acreedor financiero con garantía real capacidad de ejecución singular sobre bienes distintos de los que constituyen su garantía, o cuando ejercita la acción personal, habiendo sido declarada la paralización de ejecuciones en una homologación judicial resulta contradictorio con la finalidad de la DA 4.ª, que es permitir que los efectos de la espera de un determinado tipo de AR (que cumple cumulativamente los requisitos del art 71.6 y de la DA 4.ª LC) se extiendan a todos los acreedores financieros (condición subjetiva), exceptuando apenas a aquéllos que gocen de garantía real pero exclusivamente respecto del alcance de su respectiva garantía. Por ello, el acreedor financiero real infragarantizado es inmune (en primera instancia) al efecto de la espera coactiva

derivado de la homologación. Y también a la paralización definitiva respecto de los bienes gravados, cuando persigue los bienes gravados. Pero una vez que ejecuta su garantía, su crédito remanente deja de tener la condición de crédito con garantía real y, en consecuencia, queda de lleno afectado por la paralización de ejecuciones. Si la ejecución (incompleta o insatisfactoria) de la garantía sobreviene antes de la homologación, su crédito remanente va a verse de lleno afectado por la extensión de la espera impuesta en la homologación. Si la ejecución (incompleta o insatisfactoria) de la garantía sobreviene con posterioridad, su crédito se ve sobrevenidamente afectado por la espera (porque ya carece del escudo que proporciona la garantía real). Al igual que, en el seno del concurso, la parte del crédito con garantía real que no se cobra con cargo a los bienes y derechos afectos, pierde el carácter de privilegiado especial y recibe, sobrevenidamente, el tratamiento o el pago que le corresponda conforme a su clasificación (generalmente ordinario, como aventura con poco rigor el art. 157.2 LC, aunque no de forma necesaria⁷²⁹).

Y de esta tesis resulta otro corolario y es que el acreedor financiero disidente dotado de garantía real que, sin embargo, no es capaz de ejecutar la acción real, no es inmune a la paralización de acciones (puesto que su única forma de actuación será la acción personal y en ese ámbito, se encuentra afectado) y, ni siquiera, debería ser inmune a la espera coactiva. Si, por ejemplo, el acreedor real disidente goza de una garantía real sindicada o compartida, cuya ejecución depende del voto mayoritario de los diversos co-acreedores y esa mayoría necesaria de co-acreedores se ha adherido al AR (o ha rechazado de otra forma la iniciación de la ejecución), ese acreedor real disidente carece del único elemento en el que la norma fundamenta la inoponibilidad de la espera, que es la posibilidad de ejecutar la cosa o derecho en que la garantía real consista. Así se ha contemplado en el AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013 que homologa el AR del grupo Celsa, S.A.⁷³⁰:

⁷²⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: Comentario a los arts. 154-162 en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009 (2.ª ed.), p. 519; GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Pago de créditos con privilegio...”, *op. cit.*, pp. 332 y 334.

⁷³⁰ BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, pp. 33765-33775. Ídem, Seminario de Jueces Mercantiles de Cataluña de 5 de julio de 2013, apartado II, sub-apartado 5, p. 10 y SJdM n.º 5 de Barcelona n.º 118/2013 de 7 de agosto de 2013 (La Ley 130239/2013), que desestima la impugnación del acuerdo de homologación contenido en el auto anterior. Sobre una propuesta *de lege ferenda* de positivizar este principio en la DA 4.ª, se muestra prudente GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, Manuel: “¿Resulta posible, o conveniente y si lo es, bajo qué condiciones, que los acreedores con

“En tal caso, se convendrá fácilmente que si bien nominalmente el acreedor financiero disidente puede presumir de disfrutar de garantía real, en realidad sin el apoyo de la mayoría de acreedores su posición se asemeja a un acreedor sin garantía real que no a uno dotado de ella”.

Si esta interpretación fuera la correcta, se explicaría además la aparente redundancia de la paralización durante el plazo de espera (con el límite de los 3 años) que se contempla en el apartado 3 de la DA 4.^a a la que antes se aludía. Porque es eficaz desde luego respecto de los acreedores inicialmente garantizados que, a consecuencia de una realización incompleta de la garantía real, se queden con crédito no garantizado. Por esa misma razón, la paralización se torna un instrumento hábil para imposibilitar la ejecución singular por el acreedor real respecto de bienes distintos de los pignorados o hipotecados antes de que proceda a ejecutar los bienes objeto de la garantía real. Por tanto, aun cuando los firmantes del AR no puedan aspirar a imponer coactivamente la espera a un acreedor que tenga (todavía) una garantía real (por poco sólida que pueda ser ésta), pueden tener interés en que el deudor solicite del juez la paralización definitiva de ejecuciones para así cerrar el paso a la ejecución de cualquier bien del deudor distinto de aquél objeto de la garantía real.

1.3.8 La resolución judicial de homologación

La DA 4.^a obliga al juez a adoptar la resolución que apruebe la homologación *“mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible”*, sin establecer un límite temporal máximo (lo que sin duda habría sido preferible).

Tampoco aclara qué tipo de procedimiento ha de seguirse. No se contempla trámite de audiencia previo a la resolución de los acreedores financieros disidentes, lo cual parece frontalmente reñido con el principio de contradicción y, más genéricamente, con el de tutela judicial efectiva. Existe alguna otra disfunción en el procedimiento, como el que el decreto del secretario judicial que admite a trámite la solicitud de homologación debe identificar que el acuerdo *“está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido”* sin que, sin embargo, se haya modificado la norma societaria para permitir el acceso al registro de los AR⁷³¹.

garantía real disidentes se vean vinculados a los efectos de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente?”, RDM n.º 12, 2013.

No indica la DA 4.^a LC qué tipo de resolución judicial homologa el AR. La referencia, en el apartado 5, a que los efectos de la homologación se producen “*en todo caso y sin posibilidad de suspensión*” (es decir, aunque se impugne la homologación) desde el día siguiente en que se publique la “*sentencia*” en el BOE combinado con la exigencia, en el apartado 3, de que la resolución judicial que apruebe la homologación se publique (por extracto) en el BOE me hacen pensar que dicha resolución ha de ser una sentencia, como es también sentencia (aquí el apartado 4 lo indica de forma expresa) la resolución que resuelva sobre la impugnación a la homologación. Aunque pudiera pensarse que la “*sentencia*” a que se alude el apartado 5 es la que resuelve la impugnación, que también se publica en el BOE (está sujeta a la misma publicidad que la resolución de homologación), la referencia a los efectos inmediatos “*y sin posibilidad de suspensión*” apela a la resolución judicial de homologación (la sentencia que resuelve la impugnación no es susceptible de recurso de apelación, según el apartado 4, haciendo innecesaria y redundante cualquier alusión a la “*no-suspensión*” de efectos). Además y para acabar, la resolución que aprueba la homologación pone fin a la instancia –si no hay impugnación– y esto, según el art. 206.1.3.^a LEC, es propio de la sentencia⁷³².

1.3.9 La impugnación de la homologación

Por lo que se refiere a las impugnaciones de la homologación, la legitimación

⁷³¹ Se constata esta dificultad en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la Reforma LC (13 de diciembre de 2011), apartado I.3º: “*La solicitud deberá incluir los datos sobre el Registro Mercantil en que hayan sido depositados los acuerdos de refinanciación o al menos la prueba de que se ha intentado infructuosamente tal depósito...*”. Advierte igualmente la dificultad NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁷³² A favor, LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El Proceso Concursal*, *op. cit.*, pp. 65-66 y SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación...”, *op. cit.*, p. 64. En contra, entendiendo que debe ser auto y no sentencia, CALBACHO LOSADA, Fernando: “La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Número Extraordinario en Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 183 y 185; NIETO DELGADO, Carlos: “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación”, *Materiales del Aula de Derecho Concursal del Instituto de Empresa*, 20 de marzo de 2012, pp. 7 y 9 y YAÑEZ EVANGELISTA, Javier: “Efectos del concurso...”, *op. cit.*, p. 254. Los juzgados optan mayoritariamente por el auto (AJdM n.º 3 de Gijón de 10 de julio de 2012 –AC 2012/1189–; auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Logroño de 4 de abril de 2012 –JUR 2012/304839–; AJdM n.º 2 de Sevilla de 21 mayo de 2012 –AC 2012/1498–; AJdM n.º 6 de Barcelona de 5 de junio de 2012 –Cendoj 08019470062012200001–; auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Ciudad Real de 7 de agosto de 2012 –Cendoj 13034410042012200001– o AJdM n.º 6 Madrid de 17 de diciembre de 2012, JUR 2013/85024). En contra, sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 y SJdM de León de 21 de marzo de 2012 (AC 2012/903). El Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal no ha resuelto la cuestión, pues sigue refiriéndose con vaguedad a las “*resoluciones*” que sancionen las homologaciones: “*Para la remisión al Registro Público Concursal de las resoluciones procesales relativas a la homologación de los acuerdos de refinanciación y de la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación será de aplicación lo previsto en el artículo 8*” (art. 15.1)

activa se reconoce a los “acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento”.

Por lo dicho hasta ahora, los acreedores no financieros no resultan afectados y, por tanto, carecerían de legitimación. Aunque pudiera inicialmente entenderse que la homologación no afecta al acreedor financiero con garantía real, como se ha expuesto esto es solamente verdad en relación con el alcance efectivo de la garantía, por lo que debería admitirse sin limitación la legitimación activa del acreedor financiero real, ya que, en última instancia, puede desde luego venir a quedar afectado respecto al crédito remanente tras la ejecución de la garantía real o en relación con la paralización de ejecuciones de bienes distintos de los que constituyen la garantía real incluso antes de ejecutar (de ser correcta la tesis que aquí se defiende)⁷³³.

La impugnación sólo podrá basarse en “la valoración de la desproporción del sacrificio exigido” y en “la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación”, *rectius*, la falta de concurrencia del porcentaje del 55% del pasivo financiero. La impugnación también debería poder fundarse en la falta de cumplimiento de los otros dos requisitos del art 71.6 LC (informe de experto e instrumento público) a los que ahora se remite expresamente el apartado 1 de la DA 4.^a LC porque, recordemos, no existe un control jurisdiccional sobre el cumplimiento de los requisitos del art. 71.6 LC hasta que se pide la homologación judicial del AR o se pone a prueba su blindaje en caso de concurso⁷³⁴. Por eso, si se ha solicitado la homologación de un

⁷³³ En contra, respecto de los acreedores financieros con garantía real, véase el apartado I.6º de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la Reforma LC (13 de diciembre de 2011): “La oposición solo podrá deducirse por los acreedores financieros no firmantes del acuerdo de refinanciación a los que se extienda el efecto de la espera (por tanto, excluidos los acreedores con garantía real)”. Rechaza igualmente la legitimación para la oposición de los acreedores con garantía real NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁷³⁴ NIETO DELGADO considera que las circunstancias del art. 71.6 LC operan como presupuesto para la valoración de los requisitos de la homologación –lo que no discuto– y de ahí infiere que no caben como motivos de oposición a la homologación, lo que no comparto, habida cuenta de que no ha existido control jurisdiccional sobre su cumplimiento (ni en la fase del acuerdo de refinanciación propiamente dicha, ni en la de admisión a trámite de la solicitud de homologación), ni sometimiento del cumplimiento o no a las mínimas exigencias del principio de contradicción (no existe trámite de audiencia, personación o alegación previa a la resolución de la homologación para los acreedores afectados por la homologación) (*vid.* NIETO DELGADO, Carlos: “Homologación judicial...”, *op. cit.*, p. 8 y NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, p. 31). Este autor admite sin embargo admite abiertamente que la resolución de homologación habrá de basarse en la verificación del cumplimiento de los requisitos del art. 71.6 LC (además del requisito de la ausencia de “sacrificio desproporcionado” y de la mayoría específica del pasivo financiero). En el mismo sentido de que los motivos de impugnación no comprenden el control del cumplimiento de los presupuestos del art. 71.6 LC, SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación...”, *op. cit.*, pp. 67-68 y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El Proceso Concursal*, *op. cit.*, p.

AR que *prima facie* cumple con los requisitos del art. 71.6 LC exigidos para la homologación (hay informe de experto designado por registrador mercantil, hay instrumento público) pero que, en realidad, no los cumple, podrá basarse la impugnación también en tales carencias. E incluso en que el AR no se haya adoptado en situación de insolvencia actual o al menos inminente del deudor. O, por concluir, en que se hubiere solicitado otra homologación de un AR por el mismo deudor en menos de un año (DA 4.^a, apartado 7).

Las impugnaciones presentadas se tramitan conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, dando traslado (aquí sí) al deudor y a los acreedores que son parte del AR (hay que entender que todos, y no sólo los acreedores financieros) para que puedan oponerse a la impugnación.

La oposición debe revestir forma de demanda, conforme a los requisitos del art. 399 LEC y se tramita por la vía del incidente concursal.

1.3.10 Ineficacia sobrevenida de un AR homologado judicialmente

La declaración de concurso del deudor que sobrevenga tras la homologación no constituye un supuesto de ineficacia sobrevenida o de resolución del AR (arts. 61 y ss. LC), ni libera al deudor o a los acreedores financieros firmantes del cumplimiento del AR homologado. La declaración de concurso tampoco libera o exime a los acreedores financieros disidentes o no participantes a los que se haya extendido coactivamente los efectos de la espera mediante la homologación judicial.

Sólo el incumplimiento del AR autoriza a los acreedores (adheridos o no al AR) a interesar la declaración judicial de incumplimiento que abriría la puerta al ejercicio de las ejecuciones singulares, o a la declaración de concurso necesario, si aún no estuviera declarado (DA 4.^a, apartado 6). Aunque el apartado 6 de la DA 4.^a reconoce legitimación activa para interesar la declaración judicial de incumplimiento del AR a “*cualquier acreedor*”, tanto la puntualización siguiente (“*adherido o no al mismo*”), como su ubicación sistemática, parecería reducir la legitimación a los acreedores financieros afectados por la homologación y no, por tanto, a los acreedores no financieros⁷³⁵. Tampoco tendrían legitimación los acreedores financieros con garantía real si no se hubiera solicitado o concedido la paralización de ejecuciones singulares al

67.

⁷³⁵ En el mismo sentido, NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, p. 33.

tiempo de la homologación o si hubiese ya decaído (ni el AR, ni su incumplimiento, les afecta o importa). Es dudoso que tengan legitimación los acreedores financieros con garantía real si se ha declarado la paralización de ejecuciones y se mantiene aún vigente. Si la interpretación que aquí se hace fuera correcta, debería reconocérseles legitimación para solicitar la declaración de incumplimiento que abre la posibilidad de ejecución de bienes distintos de aquéllos que son objeto de la garantía real⁷³⁶.

1.3.11 La invulnerabilidad del acreedor flotante a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación

Como se ha expuesto hasta el momento, la cláusula de globalización en una hipoteca global permite amparar bajo la garantía hipotecaria obligaciones surgidas en cabeza de terceros que se ceden al acreedor hipotecario flotante, o en las que se subroga el acreedor hipotecario flotante.

¿Quid iuris si se cede a un acreedor hipotecario global una obligación que, al tiempo de la aprobación de un AR posteriormente homologado judicialmente, era titularidad de una entidad financiera disidente que carecía, en tal momento, de garantía real alguna? La extensión de la hipoteca a esta obligación que deriva de la cesión al acreedor global, o la subrogación del acreedor global en la posición del anterior titular financiero, ¿hace invulnerable al crédito frente a los efectos de la homologación o, por el contrario, la extensión sobrevenida de la hipoteca no impide que se desplieguen sobre el crédito, desde el mismo momento de la homologación, los efectos de esta en torno a la extensión coactiva de la espera pactada?

No cabe duda de que la novación consensual de una obligación que posteriormente se cede (o en la que se subroga) un acreedor global hace extensible al acreedor global todos y cada uno de los elementos acordados en la novación. Y ello aunque el crédito objetivamente amparado en la cláusula de globalización de la hipoteca global quede cubierto por la garantía real (sea, a todos los efectos, un crédito hipotecario) desde el mismo momento en que por cesión o por subrogación pasa a ser titularidad del acreedor hipotecario global. El crédito ha quedado novado imperativamente pese a la falta de adhesión voluntaria del acreedor (al menos en lo que

⁷³⁶

En contra, apartado I.8º de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la Reforma LC (13 de diciembre de 2011): “Sólo pueden promover el expediente de incumplimiento los acreedores que tengan la condición de entidades financieras y siempre que el efecto de la homologación se extienda a las mismas (por tanto, excluidos los acreedores con garantía real que no hubieran suscrito el acuerdo y otra clase de acreedores)”.

a la espera acordada en el acuerdo de refinanciación homologado se refiere) desde la adopción de la correspondiente resolución judicial de homologación, de forma tal que la posterior extensión de la cobertura hipotecaria sobrevenida no convierte en inoponible la espera respecto al acreedor hipotecario aunque, obviamente, tampoco se perjudica la garantía hipotecaria (es decir, si se incumple la obligación tras la espera impuesta coactivamente, el acreedor hipotecario podrá ejecutar la garantía real, amén de la facultad genérica de instar el concurso conforme al apartado 6 de la DA 4.^a LC).

Por la exigencia subjetiva incluida en el art. 153 bis LH (al menos en lo que se refiere a la hipoteca flotante bancaria), el acreedor hipotecario flotante es, naturalmente, una de las “*entidades financieras*” a que se refiere la DA 4.^a LC (y, más en particular, un acreedor financiero “*dotado de garantía real*”).

Dado que la DA 4.^a LC no exige una determinada solidez de la garantía (en términos de bajo *loan-to-value*; valor y liquidez del activo subyacente, adecuada cobertura hipotecaria de la deuda, etc.) al objeto de extender al acreedor real disidente o no participante en el AR el beneficio de la inoponibilidad de la espera pactada en el AR, el acreedor flotante disidente quedará al margen del AR, aunque puede verse afectado por la paralización de acciones que en su caso se sancione (tanto *paralización de tramitación*, como *definitiva*) cuando pretenda dirigirse frente a bienes distintos de los gravados por la hipoteca flotante.

Para el caso de que se haya previsto, o sea admisible la ejecución parcial de la hipoteca flotante, el acreedor flotante disidente o no participante en el AR homologado judicialmente verá sobrevenidamente afectado el crédito remanente que, en su caso, reste por cobrar tras la ejecución de la hipoteca, al que se le extiende la paralización de acciones y la espera pactada entonces vigentes. Se trata de una novación sobrevenida, sí, distinta de la novación simultánea a la resolución judicial de homologación en la que piensa la redacción de la DA 4.^a LC, pero respecto de la que no se ve objeción o dificultad alguna: si la ley es capaz de extender la espera de forma coactiva al acreedor financiero disidente o no participante en el AR que carece de garantía real al tiempo de la homologación, también debería ser capaz de extender ese mismo efecto respecto del crédito remanente que, tras ejecución de la garantía real, quede pendiente frente al deudor (ya privado de cualquier garantía real). Naturalmente, esta extensión se predica respecto del crédito objetivamente amparado en la cesta de la hipoteca flotante o de la hipoteca global cuyo incumplimiento determina la ejecución parcial puesto que el resto

de los créditos objetivamente amparados mantienen a su favor la hipoteca flotante remanente tras la ejecución parcial y, en consecuencia, siguen disfrutando de la garantía real que los hace inmunes a la extensión coactiva de la espera pactada y a la paralización de acciones (obviamente, en cuanto al bien o derecho hipotecado solamente).

Por último, cuando una hipoteca global garantiza un crédito hipotecario existente al tiempo de la homologación judicial de un AR, si el valor de la cosa está próxima al riesgo total del crédito existente (por principal, intereses, etc.) o la responsabilidad máxima hipotecaria no es confortable respecto de ese riesgo (sólo se asegura una parte, por ejemplo), la homologación actúa como un (pequeño) desincentivo adicional a la concesión de crédito futuro por el acreedor flotante y ello porque, aunque el crédito hipotecario existente no se verá afectado por la espera coactiva derivada de la homologación, en tanto se mantengan los efectos de la espera y la paralización definitiva de ejecuciones, el “consumo” de la hipoteca global existente que supone para el acreedor flotante la concesión de nuevo crédito cubierto debería traducirse en una mayor probabilidad de tener crédito remanente tras la ejecución de la garantía real por impago del crédito existente. Y ese crédito remanente va a quedar sobrevenidamente afectado por la espera y la paralización de ejecuciones.

1.4 Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de los acuerdos extrajudiciales de pagos

1.4.1 Introducción: los efectos de los acuerdos extrajudiciales de pago respecto de los acreedores dotados con garantía real

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha incorporado a la LC un procedimiento de mediación y composición colectiva de corte extrajudicial denominado “*acuerdo extrajudicial de pagos*” (“**AEP**”) mediante la adición de un nuevo Título X.

En pocas palabras, la regulación pretende establecer un procedimiento de auto-composición que puede suponer una espera de hasta tres años y una remisión de hasta el 25% de los créditos (con posibilidad de pago mediante cesión de bienes), que se impone incluso a ciertas clases de acreedores disidentes (con tal de que se reúnan las mayorías y restantes requisitos exigidos) y que se articula sobre la base del papel central de un mediador profesional independiente a las partes, cuya designación compete al

funcionario ante el que se haya iniciado el expediente, esto es, el registrador mercantil del domicilio del deudor (cuando es empresario o sujeto inscribible en el registro mercantil) o al notario de su domicilio (en el resto de los casos). En definitiva, un procedimiento que, al igual que el de la homologación judicial de los AR, puede suponer la novación modificativa coactiva de los créditos afectados, no sólo en términos de espera (como la homologación), sino incluso en términos de quita (menos intensa que la permitida en el concurso *ex art. 100 LC*), que permite hasta la dación en pago de bienes (paradójicamente prohibida en el ámbito del concurso *ex art. 100.3 LC*). Pero en el que el papel meramente técnico del experto independiente del art. 71.6 LC se reemplaza por el papel más activo del “mediador”, que no sólo impulsa y facilita el acuerdo, sino que supervisa su cumplimiento posterior (art. 241.1 LC). Se distancia de la homologación judicial de AR en que puede afectar a todo tipo de acreedores salvo acreedores de derecho público (art. 235.5 LC) y no sólo a los acreedores financieros; en que impone un deber de abstención a los acreedores que puedan verse afectados por el AEP (art. 235.4) inédito en la homologación o en una regulación de la prohibición de ejecuciones sobre el patrimonio del deudor algo más tuitiva para éste, ya que se inicia antes de alcanzado el acuerdo (con la mera publicación de la apertura del expediente) y tiene una duración máxima de 3 meses (art. 235.2) frente a la que llamaba *paralización de tramitación* en la homologación que presupone un AR ya adoptado y que dura sólo 1 mes desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación (DA 4.^a, apartado 2 LC). Otra diferencia es que, cuando el AEP no concluye con éxito, se ofrece al deudor persona natural de buena fe (cuando el concurso no sea calificado como culpable y el deudor no haya sido condenado por el delito del art. 260 del Código Penal o cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso) el beneficio de la remisión integra de su pasivo (salvo el pasivo de Derecho público) a la conclusión del concurso por liquidación de la masa pasiva (el conocido como “*fresh start*”⁷³⁷ en la práctica

737

Puede verse un detallado análisis de las propuestas de regulación de la insolvencia de la persona física en caso de insuficiencia de bienes y de remedio al sobreendeudamiento hipotecario, como problemas diferenciados, en CUENA CASAS, Matilde: “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 97-110; CUENA CASAS, Matilde: “*Fresh Start* y mercado crediticio”, *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, 2011, [en línea] <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>> [consulta: 29 de enero de 2014], 56 pp. y CUENA CASAS, Matilde: “Crédito responsable, “*fresh start*” y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 43, mayo-junio 2012, pp. 38-43. Debe reconocerse al AJdM n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 (AC 2010/1828) el mérito de suscitar el debate y anticipar –al menos en parte– lo que acabaría siendo el remedio legal. Véase el comentario de esta resolución en CUENA CASAS: Matilde: “Conclusión del

concurzal americana), siempre que se hubieran satisfecho al menos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, remisión de deudas más generosa que cuando el concurso sobreviene sin haber intentado el deudor un AEP, pues en este caso para la remisión de los créditos se exige, además de la satisfacción de los créditos contra la masa y los privilegiados, el pago del 25% del pasivo ordinario (art. 178.2 LC, tras la modificación de la Ley 14/2013)⁷³⁸. Y la última diferencia es que al deudor que solicita un AEP le impone la norma el deber de solicitar aplazamiento o fraccionamiento de las obligaciones de Derecho público que prevea que no va a atender en los plazos establecidos en la normativa aplicable (nueva Disposición Adicional Séptima LC), deber que no se impone sin embargo al deudor que negocia un AR o pretende la homologación judicial del AR logrado. Coinciden ambos expedientes en su inoponibilidad frente al acreedor con garantía real disidente y en la preservación incólume de los derechos y acciones de los acreedores afectados frente a los fiadores o deudores solidarios.

1.4.2 El ámbito objetivo de los AEP: presupuestos legales y prohibiciones

La ley parece querer reservar los AEP para empresarios⁷³⁹ “pequeños”. Para las personas físicas, se exige que el pasivo no supere los 5 millones de euros. Para las jurídicas que, en caso de que el concurso tuviera que declararse, que dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos del art. 190 LC que, a su vez,

concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”, *RDBB* n.º 125, 2012, pp. 289-320, en donde se enfatiza la buena voluntad del juzgador, pero la insuficiencia de la solución que dispensa a los concursados en el caso concreto al decretar apenas la extinción de las deudas concursales no satisfechas en el concurso “*sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o de una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vivieran a mejor fortuna*”.

⁷³⁸ Se critica que se exija algo más que la buena fe del deudor para poder obtener la remisión de deuda en RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Rodrigo: “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, septiembre 2013, p. 16. El incomprensible tratamiento asimétrico en la exoneración general del deudor persona natural y la que sobreviene tras haber intentado sin éxito un AEP se denuncia en CUENA CASAS, Matilde: “Ley de Emprendedores y exoneración...”, *op. cit.*, pp. 133-135, 140-141. Y también que no se reconozca al consumidor la vía del AEP.

⁷³⁹ En este punto, la LC ha roto el principio de unidad de tratamiento del deudor común (sea o no empresario) y reabierto la dualidad de la anterior normativa de insolvencia. El AEP se reserva a los “*empresarios*”, concepto que a estos efectos incluye a los profesionales, los trabajadores autónomos y a quienes tengan la condición de empresarios conforme a la legislación de la Seguridad Social o mercantil (art. 231.1 LC). Se muestra crítico con esta opción de política legislativa DE LA CUESTA RUTE, José María: “Persona física y consumidor” en CUENA CASAS, Matilde y COLINO MEDIAVILLA, José Luis (coords.): *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2009, pp. 103-118. Quedan fuera del AEP “*los trabajadores por cuenta ajena, jubilados, desempleados y en general los consumidores*” (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Rodrigo: “Limitación de responsabilidad...”, *op. cit.*, n.º 5, septiembre 2013, p. 17).

establece unos requisitos de dimensión (lista de menos de 50 acreedores, activo y pasivo inferior a 5 millones de euros) si bien con carácter indicativo y no taxativo (“[e]l juez podrá”) ⁷⁴⁰. En el caso de que se de alguno de los requisitos cuantitativos del art. 190.1 LC pero no todos, se debería hacer una interpretación flexible que permita el acogimiento a este expediente toda vez que los requisitos cuantitativos del art. 190.4 LC son meramente orientativos y no se imponen con carácter acumulativo ⁷⁴¹. Además del requisito de poca relevancia económica y situación de insolvencia (comunes a personas físicas y jurídicas), el art. 231.2 LC impone otras exigencias adicionales a las personas jurídicas: activos líquidos suficientes para atender los gastos del AEP y razonable expectativa de éxito del AEP a la vista del patrimonio e ingresos previsibles del deudor. En cuanto a la primera, entre los activos líquidos no deberían considerarse las disponibilidades crediticias a la vista de la extraña imposición al deudor de la obligación de restituir a los emisores las tarjetas de crédito de que sea titular, con la solicitud de apertura del expediente que establece el art. 235.1 LC. Aunque la ley se refiere exclusivamente a la devolución de las tarjetas de crédito y no incorpora una formulación más genérica de no aumentar su endeudamiento (que resultaría sin duda más correcto), la *ratio* de la norma debería imponer esta última interpretación más amplia. Y si el deudor no puede solicitar préstamos o créditos (esto sí que está expresamente previsto) ni aumentar su endeudamiento (esto es deducción), no podrá contar como activos líquidos suficientes para atender los gastos del expediente el saldo disponible en las líneas de crédito que tenga abiertas.

Junto a los requisitos positivos del expediente, los apartados 3, 4 y 5 del art. 231 LC contienen una serie de prohibiciones (cuya concurrencia determina la inadmisión de solicitud, según el art. 232.3 que, erróneamente, omite la referencia a la prohibición del art. 231.5 LC). De ellas, creo que merece la pena mencionar dos:

- (a) la relativa a que no podrán disfrutar de este instituto preconcursal quienes en los tres últimos años hubieren alcanzado un AEP, la homologación judicial de un AR o hubieran sido declarados en concurso, imponiendo así un “*cooling period*” más extenso en tiempo y en supuestos que el del año previsto para una homologación sucesiva en el apartado 7 de la DA 4.^a LC. *De lege ferenda*, resultaría

⁷⁴⁰ AZOFRA VEGAS, Fernando: “La agilización de la reestructuración el activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 133-134.

⁷⁴¹ En las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (aptdo. I, 1º) se exige al menos la concurrencia de uno de los requisitos objetivos para que el notario/registrador instructor pueda dar apertura al expediente.

conveniente homogeneizar estos plazos de espera entre instituto preconcursal e instituto preconcursal. La razonabilidad de la imposición de un plazo de espera entre concurso previo y AEP se me escapa. El único supuesto considerado es que el deudor haya sido declarado en concurso y haya salido de él en ese plazo de tres años, pues el expediente del AEP sólo tiene cabida fuera del concurso (esto es, si el deudor se mantiene en concurso, no cabe AEP). Y si ha salido del concurso anterior, ¿por qué no debe volver el deudor a operar en el tráfico con exactamente las mismas herramientas que otros deudores previamente no concursados? En todo caso, el momento relevante, a efectos del cómputo de los tres años, es el de declaración del concurso previo (por tanto, si la declaración está más allá de los tres años anteriores al inicio del expediente del AEP, no aplica la prohibición, aunque el concurso declarado hace más de tres años se haya mantenido dentro del periodo de los tres años). Tratándose de una regla limitativa, tal interpretación restrictiva resulta coherente⁷⁴².

- (b) Queda vedado el acceso al expediente del AEP cuando cualquiera de los acreedores que hayan de verse afectados por el AEP ha sido declarado en concurso al tiempo de iniciar el AEP (art. 231.5 LC)⁷⁴³. La referencia temporal de la norma me anima a considerar que la declaración de concurso de cualquiera de los acreedores llamados a quedar vinculados por el AEP que se produzca después del inicio del expediente del AEP no es causa sobrevenida de paralización del AEP⁷⁴⁴, ni merma un ápice la eficacia novativa del AEP sobre los créditos afectados, y ello aunque, obviamente, esa eficacia normativa pueda afectar a la masa activa en el concurso del acreedor. El caso polémico no es el del acreedor en concurso que se haya adherido al AEP de su deudor con el complemento de capacidad del administrador concursal (e incluso, en su caso, con autorización judicial). El debate se plantearía sobre la eficacia de la novación impuesta al acreedor en concurso que es disidente en el AEP de su deudor: ¿prima la eficacia novatoria coactiva del AEP o el principio de integridad de la masa del concurso

⁷⁴² Ídem, Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (aptdo. I, 4º).

⁷⁴³ Se critica, con razón, esta limitación en FERNÁNDEZ SEIJO, José María: "Legislar a *Contra Coeur*. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 7/2013, p. 181, con el argumento de que el deudor no debería resultar perjudicado del concurso de su acreedor.

⁷⁴⁴ Ídem, Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (aptdo. I, 6º).

del acreedor disidente? Creo que debe prevalecer la primera puesto que la paralización del AEP se hace depender sólo de que el acreedor no esté en concurso al inicio del expediente del AEP y, por otro lado, la eficacia novatoria sobre el crédito del acreedor disidente sobrevenidamente en concurso se produce por imperativo legal, sin infracción alguna de las reglas de conservación de la masa activa del Capítulo I del Título III LC.

1.4.3 El carácter necesariamente “preconcurzal” del AEP

No está claro que el presupuesto de los AEP, como en los AR, pueda ser tanto la insolvencia actual como la inminente. Cuando el deudor es persona natural, el nuevo art. 213.1 LC parece contemplar ambos supuestos al mencionar tanto “*la situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2*” como la previsión “*de que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones*”, parafraseando este inciso muy de cerca la previsión de no poder cumplir “*regular y puntualmente*” con sus obligaciones a la que se anuda en el art. 2.3 LC la situación de insolvencia inminente. Pero cuando es persona jurídica, el art. 231.2 LC exige simple y llanamente que “*se encuentre en estado de insolvencia*”, sin más precisión. La proximidad de las redacciones (y la exigencia del brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, tacuit*) parecería imponer que, respecto de las personas jurídicas, se limitara el acceso al AEP a quienes se encontraran en insolvencia definitiva y no a los que se encontraran tan sólo en insolvencia inminente⁷⁴⁵. Pero esta interpretación no resulta coherente con el espíritu de la norma, cuya Exposición de Motivos básicamente refiere un mismo procedimiento para ambos tipos de empresarios, encaminado a “*garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar*” y ese fracaso tanto puede haber degenerado ya en una situación de insolvencia actual, como sólo de insolvencia inminente.

En todo caso, los AEP, como los AR, quedan como institutos preconcursoales y de ahí que no pueda acceder al AEP el deudor cuya solicitud de concurso hubiese sido admitida a trámite (art. 231.4 LEC). Ello justifica también la modificación introducida por la Ley 14/2013 del art. 5 bis LC (para imponer al registrador o notario encargado de la designación del mediador concursal la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso) o del art. 15.3 LC

⁷⁴⁵

En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a *Contra Coeur...*”, *op. cit.*, p. 180.

(para imponer la inadmisión de las solicitudes de concurso presentadas en los tres meses siguientes a la comunicación del art. 5 bis LC por personas distintas del deudor, o del mediador concursal).

No resulta especialmente clara la interrelación entre AEP y AR. La LC los considera alternativos, y de ahí que no se admita el AEP a quienes se encuentren negociando un AR (art. 235.3.4 LC). Pero es cierto que no son expedientes con la misma “potencia de fuego”, como resulta del examen de las diferencias arriba realizado.

1.4.4 La paralización de ejecuciones

Ya me he referido a que de la *paralización de tramitación* que sobreviene a la apertura del expediente de AEP y mientras se negocia el AEP por un máximo de tres meses se excluye expresamente a los acreedores con garantía real que decidan iniciar o continuar la ejecución, frente al expediente de la homologación donde la suspensión de ejecuciones afecta a “*los entidades [...] acreedoras*”, incluyendo así al acreedor con garantía real. Pese a que la redacción literal del art. 235.2 LC pudiera llevar a pensar que la paralización de ejecuciones no afecta en absoluto al acreedor con garantía real, creo que no le afecta en la medida en que se dirija contra los bienes hipotecados o pignorados, pero sí cuando se dirige frente a otros bienes del deudor. Es decir, propongo la misma interpretación sobre la invulnerabilidad del acreedor con garantía real respecto de la paralización de ejecuciones que defendí en sede de la homologación.

Del mismo modo, el art. 235.2 LC prohíbe la anotación de embargos sobre los bienes del deudor tras la anotación marginal de la apertura del expediente salvo los que derivaran de procedimientos seguidos por acreedores de Derecho público y acreedores titulares de créditos con garantía real no participantes en el AEP. También en este caso, creo que es correcto mantener que la excepción relativa a los acreedores dotados de garantía real se refiere sólo a los embargos ya trabados sobre los bienes hipotecados o pignorados (por ejemplo, por la vía de la mejora de embargo del art. 612 LEC) y no a la posibilidad de trabar embargo sobre otros bienes. Y ello por razones de coherencia: no resulta razonable que la mayoría de los acreedores del deudor esté negociando o incluso hayan aprobado (y se encuentren soportando) la espera y la quita propuesta por el mediador con el consentimiento del deudor y que los acreedores con garantía real no sólo no se vean obligados por el AEP, sino que incluso puedan aprovechar con ventaja la paralización de ejecuciones que la ley impone a aquéllos mientras se negocia el AEP, para asegurar el cobro de sus créditos sobre bienes hasta ese momento no gravados a su

favor.

En el expediente del AEP también existe una *paralización definitiva* de ejecuciones, como en la homologación. Sin embargo, en sede del AEP la paralización se predica respecto el “*acreedor afectado por el acuerdo*” (art. 240.1 LC), mientras que en la homologación se predica de “*las entidades financieras acreedoras*”, suscitándose la duda respecto del acreedor con garantía real. Nuevamente, propongo en este ámbito la misma tesis que en el marco de la paralización definitiva de la homologación, esto es, que el acreedor con garantía real disidente o no participante en el AEP no queda afectado por la prohibición de ejecuciones si se dirige frente a los bienes hipotecados o pignorados y sí queda afectado en otro caso.

1.4.5 La aprobación del AEP

Si el AEP propuesto fuera aceptado con las mayorías exigidas en el art. 238 LC, se elevará a público por el notario “instructor” (o por notario, cuando el instructor sea el registrador mercantil) y se desencadenarán inmediatamente los efectos de la espera o quita pactadas (incluso en caso de impugnación del AEP), conservando los acreedores sus derechos y acciones respecto de los deudores solidarios y los fiadores (art. 240 LC). En sede de AEP, la no exoneración de los deudores solidarios o fiadores no obstante la quita o la espera pactadas en el AEP se predica con generosidad respecto de “*los acreedores*” (art. 240.3 LC), suscitándose la duda (como en el ámbito de la homologación) si entre los acreedores beneficiarios de esta regla debe contarse a quienes lo hayan aprobado o sólo a aquéllos a los que se imponga coactivamente. Al igual que defendí con relación a la homologación (apartado 1.3.3 anterior), considero que sólo los acreedores disidentes o no participantes a los que se imponga coactivamente el AEP deberían disfrutar de recurso incólume respecto de los fiadores y deudores solidarios, pero no los acreedores que votan a favor (salvo que se haya derogado convencionalmente frente al deudor solidario o en la fianza las reglas que resultan de los arts. 1.143, 1.146, 1.847 ó 1.851 CC, en la línea que permite el apartado 2 del art. 135 LC en el contexto del convenio concursal): los arts. 1.143, 1.146, 1.847 ó 1.851 CC no ceden sino en el ámbito propiamente del concurso (art. 135 LC), no en un instituto al margen del concurso como es el AEP⁷⁴⁶.

No es dudoso que el AEP puede suponer quita y espera y no sólo una de ellas (la

⁷⁴⁶ En contra, FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a *Contra Coeur...*”, *op. cit.*, p. 187: “*La eficacia novatoria del acuerdo no se extiende a terceros*”.

utilización de la conjunción “y” en el art. 236.1 LC y, sobre todo, en el 240.2 LC así lo apoya).

El notario o registrador mercantil instructor dará cuenta del cierre del expediente al juzgado que fuera competente del concurso, ordenará la publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal y la cancelación de las anotaciones practicadas al inicio del expediente en los registros de bienes. Omite el art. 238.2 LC la comunicación del cierre del expediente al Registro Civil “y a los demás registros públicos que corresponda” pese a que en el art. 233.3 se impone la comunicación de la apertura del expediente a estos registros.

El mediador supervisará el cumplimiento del AEP, haciendo constar su cumplimiento íntegro en acta notarial que se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal o solicitando el concurso en caso de incumplimiento (art. 241 LC).

1.4.6 La impugnación del AEP

Se reconoce legitimidad para la impugnación únicamente a los acreedores no convocados y a los disidentes, pero no a aquéllos que no se vean afectados por el AEP (fundamentalmente, los acreedores de Derecho público) (art. 239).

La competencia para resolver la impugnación se reconoce al juez que fuera competente para conocer del concurso del deudor. La impugnación no suspende la eficacia del AEP. Pese a que el art. 240.1 impide a los acreedores afectados iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la apertura del expediente y permite al deudor solicitar la cancelación de los embargos trabados por los acreedores afectados del juez (o de la administración pública, habría que añadir) que los hubiera ordenado, no veo objeción para que el impugnante solicite del juez anotación preventiva sobre bienes del deudor, que podría ser concedida si se satisficieran los requisitos generales de las medidas cautelares. Si hubiera varias impugnaciones, se tramitan todas conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (en sintonía con la impugnación de la homologación de un AR), y se resolverán mediante sentencia susceptible de apelación.

Vale la pena destacar que la ley anuda a la anulación del acuerdo la consecuencia de la declaración del concurso consecutivo (arts. 239.6 y 242.1 LC) quizá con alguna precipitación puesto que en el presumible largo tiempo transcurrido entre la fecha de aprobación del AEP y aquélla en la que se anula, la situación económica del deudor

puede haber cambiado significativamente, por lo que sería preferible que la declaración de concurso del deudor no fuera una consecuencia automática, indefectible, de la sentencia de anulación⁷⁴⁷.

La impugnación sólo podrá basarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas, la infracción de los límites máximos de espera y quita del art. 236.1 LC o en la “desproporción de la quita o moratoria exigidas”, expresión que evoca la de “la desproporción del sacrificio exigido” que utiliza la DA 4.^a entre las justificaciones de la impugnación de la homologación. La desproporción podrá apreciarse de la comparación del sacrificio que se exija, a consecuencia del AEP, al acreedor singular de que se trate (teniendo en cuenta las particularidades de su crédito, respecto del resto de créditos afectados por el AEP) en comparación al que sufren los restantes acreedores afectados por el AEP. También en que el esfuerzo exigido al acreedor sea superior al que resultaría necesario a la vista del plan de viabilidad que subyace al AEP (por referencia a las circunstancias de mercado en el momento de adopción del acuerdo)⁷⁴⁸. Pero incluso podría basarse el juicio sobre la proporcionalidad en la comparación del sacrificio exigido a un acreedor en concreto respecto de la previsión razonable de cobro de su crédito, si en ausencia de AEP, el deudor fuera arrastrado al concurso⁷⁴⁹.

1.4.7 El concurso consecutivo

El concurso consecutivo del deudor puede sobrevenir:

- (a) Cuando el mediador constate que acreedores que representan la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el AEP (excluyendo los acreedores con garantía real que no hayan comunicado su voluntad de intervenir en la negociación y los acreedores de Derecho público) deciden no continuar con las negociaciones (art. 236.4 LC). *De lege ferenda*, la norma debería matizar que procederá la solicitud de concurso si el deudor se encontrara en insolvencia.
- (b) Si no se consigue la aprobación del AEP con las mayorías exigidas. Según el art. 238.3 LC, si no se aprobara el AEP con las mayorías requeridas y el deudor continuara en insolvencia, el mediador solicitará el concurso del juez competente

⁷⁴⁷ Se destaca el automatismo en SENÉS MOTILLA, Carmen y CONDE FUENTES, Jesús: “Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho Procesal* n.º 13, enero 2014, p. 19.

⁷⁴⁸ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (apdo. I, 14º).

⁷⁴⁹ En línea con el argumento empleado en el AJdM n.º 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013 (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2013, p. 33770).

(a cuyo efecto, se ha ampliado la legitimación al mediador en el art. 15.3 LC). El juez acordará el concurso “*de forma inmediata*”, sin audiencia por tanto del deudor, conforme a la regla del art. 15.1 LC).

- (c) Si se anulara el AEP tras su impugnación (art. 239.6 LC). Nuevamente, la norma debería matizar que procederá la declaración sólo si el deudor se encontrara en insolvencia. Aunque la redacción del art. 239.6 LC parecería dar a entender que la sentencia que anule el AEP directamente debería declarar el concurso, el art. 242.1 y el principio de rogación del concurso a instancia del deudor, de los acreedores o del mediador concursal nos debería conducir a que sólo se declarase el concurso a instancia de cualquiera de estos.
- (d) Si se incumpliera el AEP (art. 241.1 LC). En este caso, la ley presupone la insolvencia del deudor e *impone* al mediador la solicitud de concurso.

En el concurso consecutivo no existe opción a convenio (o se pasa directamente a liquidación o se concluye por insuficiencia de masa). Eso puede tener sentido en el caso de concurso consecutivo por incumplimiento del AEP, pues es cierto que el AEP (aprobado) tiene efectivamente la misma naturaleza y finalidad de un convenio y al incumplimiento de un convenio se anuda la liquidación (art. 143.1 LC). Pero no resulta tan razonable en los supuestos de concurso consecutivo por imposibilidad de alcanzar un acuerdo (arts. 236.4 ó 238.1 LC) pues el quórum, mayoría y base de pasivo en el AEP y para la aprobación de un convenio son diferentes (por lo que sería teóricamente posible alcanzar las mayorías de aprobación de convenio, aunque hubiera fracasado la aprobación del AEP). Debería eso sí abrirse directamente la liquidación cuando los acreedores que se hayan “*descabalgado*” de la negociación del AEP o hayan llegado a votar en contra constituyan mayoría en el pasivo con derecho a voto, puesto que en estas condiciones, abrir una fase de convenio solamente retrasa la solución de la crisis y genera más coste.

1.4.8 La invulnerabilidad del acreedor dotado de garantía real en general

El acreedor dotado de garantía real sólo resultará afectado por el AEP si así lo ha querido. Este parece ser el principio inspirador de la nueva regulación. En algunos artículos se postula con rotundidad este planteamiento, como en el art. 231.5 LC, cuando se dice que los créditos con garantía real sólo podrán verse afectados por el AEP si así lo decidiesen los acreedores titulares; el art. 235.1 LC que excluye de la

paralización de ejecuciones sobre bienes del deudor por plazo máximo de tres meses que se impone *ipso iure* desde la publicación de la apertura del expediente de AEP a los acreedores de derecho público y a los dotados con garantía real o que permite a estos dos tipos de acreedores realizar anotación de embargo con posterioridad a la anotación marginal de la apertura del procedimiento en los registros de bienes o en el art. 237 que excluye igualmente a los acreedores con garantía real de la sanción de subordinación del crédito en el concurso consecutivo que se abra por el fracaso en la negociación del AEP que se impone a los acreedores convocados a la reunión que no comparezcan ni expresen con anterioridad su aceptación u oposición a la propuesta de AEP.

Pero hay otros artículos donde este principio no se formula con toda la contundencia. Así, el art. 234.1 LC obliga al mediador a convocar a todos los acreedores que “*puedan resultar afectados por el acuerdo*” entre los que se incluye necesariamente a los dotados con garantía real (y ello porque si no fuera así, no se entendería que en el apartado 4 de este mismo artículo se diga que los acreedores con garantía real que voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo habrán de comunicarlo expresamente al mediador “*una vez recibida la convocatoria*”, ex art. 234.4 LC)⁷⁵⁰. Del mismo modo, el art. 235.3 LC impide a los acreedores “*que puedan verse afectados por el acuerdo*” abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto al acreedor común desde la publicación de la apertura del expediente. Por la proximidad en las redacciones, parecería que este deber de abstención también se impone al acreedor dotado de garantía real aunque, naturalmente, éste puede ejecutar sus garantías aunque ello resulte en una mejora en la situación respecto al deudor (art. 235.2 LC).

No resulta coherente que se obligue al acreedor dotado de garantía real a pronunciarse sobre si quiere o no intervenir en el acuerdo antes de que el mediador haya hecho la propuesta de AEP, y así puede resultar del juego de los plazos de convocatoria de la junta (2 meses según el art. 234.1), manifestación del acreedor real al respecto (1 mes tras la convocatoria conforme al art. 234.4) y fecha límite de presentación de la propuesta de AEP por el mediador (20 días antes de la junta conforme al 236.1 y 10 días antes para la propuesta final en el 236.4). Es evidente que el acreedor con garantía real no expresará su voluntad de intervenir en el AEP si se agota el plazo del mes desde la

⁷⁵⁰ En el mismo sentido, Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (aptdo. I, 9º).

convocatoria en el que tiene que pronunciarse sin saber cuál es el AEP propuesto. Salvo que se entendiera que esa manifestación de voluntad de querer intervenir en el AEP es puramente indicativa pero “reversible”, esto es, no prejuzga la posibilidad del acreedor real de oponerse al AEP hasta el mismo momento de la junta de acreedores y quedar en ese caso al margen del AEP aprobado con la mayoría requerida pese a su oposición. Esta última es la interpretación más razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el ámbito del concurso, el acreedor real puede asistir a la junta e incluso participar en las deliberaciones, sin que ello suponga sometimiento al convenio (art. 123.1 LC) y que si el acreedor real es simultáneamente titular de créditos ordinarios, el voto se entenderá emitido respecto de los ordinarios afectando sólo a los privilegiados si así se hubiera manifestado expresamente en el acto de votación (art. 123.3 LC). En efecto, la LC ha prescindido, con buen juicio, de la regla del art. 15.3 de la Ley de Suspensión de Pagos que castigaba al acreedor privilegiado que asistía a la junta con la pérdida del derecho de abstención. Gozando pues el acreedor real de ese grado de protección en el concurso respecto del convenio, no debería aceptarse que pudiera quedar vinculado al AEP por el mero hecho de haber comunicado al mediador su voluntad de intervenir en el acuerdo y ello pese a la terquedad de la redacción del art. 231.5, que predica la oponibilidad del AEP respecto de los acreedores con garantía real que hayan efectuado la comunicación del art. 234.4 LC. Ante la cortedad de miras de la redacción, los acreedores dotados de garantía real pueden verse incentivados a manifestar al mediador cautelarmente su voluntad de no intervenir en el AEP al límite del plazo del mes desde la convocatoria a que se refiere el art. 234.4 LC si no disponen a esa altura de la propuesta de plan de pagos formulada por el mediador. Eso sí, no habría riesgo de que tal comunicación pudiera determinar la inmediata solicitud de concurso consecutivo por parte del mediador por imposibilidad de alcanzar el acuerdo, pues el art. 236.4 LC ordena al mediador concursal solicitar el concurso cuando acreedores que representen la *“mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo”* manifiesten su voluntad de no continuar las negociaciones tendentes al acuerdo pero se cuida bien de excluir de esta *“mayoría”* disconforme a los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo.

Por otra parte, cuando el art. 238 LC supedita la aprobación de los AEP que contengan propuestas de cesión de bienes en pago, además de a una mayoría reforzada, a la aprobación de los acreedores que tengan constituida a su favor una garantía real se

suscita un debate innecesario sobre la justificación de este consentimiento. Naturalmente que se precisaría el consentimiento del acreedor hipotecario o pignoraticio para que la cesión del bien gravado entrañe la asunción liberatoria de la deuda por el adquirente (arts. 1.203.2º y 1.205 CC⁷⁵¹), cuando la cesión del bien se haga al acreedor (como en el supuesto del 155.4 LC) o cuando se pretenda la reducción o cancelación de la deuda hipotecaria o pignoraticia (nuevamente, como en el supuesto del art. 155.4 LC). Pero no para la cesión del bien gravado a uno de los acreedores distintos del acreedor real sin subrogación del adquirente en la deuda hipotecaria o pignoraticia. Por eso, si en lo que está pensando este artículo es en un AEP en el que cedan a algunos acreedores (en pago de sus deudas) bienes gravados o pignorados con subrogación del cedente en la deuda pignoraticia o hipotecaria (porque se trate de bienes con remanente de valor sobre la deuda hipotecaria o pignoraticia) o con extinción total o parcial de la carga o en la entrega del bien gravado al acreedor hipotecario o pignoraticio con finalidad solutoria, valdría la pena *de lege ferenda* que se expresara con esta claridad. Porque en cualquier otro supuesto, el consentimiento del acreedor real que exige la norma es innecesario.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la homologación, la redacción de la norma es clara sobre la invulnerabilidad del acreedor real respecto a la prohibición de ejecuciones sobre el patrimonio del deudor (art. 235.3). Así, de la regla que impide a los acreedores que pudieran verse afectados por el posible AEP el inicio o continuación de ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor, se excluye a los acreedores de créditos con garantía real. No matiza la redacción si esa inmunidad del acreedor real a la

751

Se trataría de un caso semejante al contemplado en el art. 155.3 LC, en el que una buena parte de la doctrina entiende que no es preciso el consentimiento del acreedor con garantía real para la asunción liberatoria de la deuda por el adquirente del bien gravado, fundamentalmente porque el precepto sólo exige autorización del juez a solicitud de la administración concursal “*previa audiencia de los interesados*” (SANCHO GARGALLO, Ignacio: “Los efectos del concurso sobre la ejecución de bienes del concursado”, *ADCon* n.º 5, mayo-agosto 2005, p. 218; CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 367; GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Pago de créditos con privilegio...”, *op. cit.*, pp. 338 y 344 y ss.; HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: “Realización del crédito hipotecario...”, *op. cit.*, p. 321; es dudoso para QUICIOS MOLINA, Susana: “Comentario sobre el art. 155”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Madrid: Tecnos, 2004, p. 1.678; GALVÁN GALLEGOS, Angela: “Créditos privilegiados”, en MARTÍN MOLINA, Pedro B. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José María (coords.): *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia dada por especialistas*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 227; IRIGOYEN FUJIWARA, Daniel: “Créditos con privilegio especial”, en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 449). alguna resolución judicial endosa este entendimiento (AJdM n.º 1 Madrid de 13 de junio de 2005, La Ley 2005/133221). Parece excesivo en todo caso hacer una extensión analógica de este precepto, que sólo tiene encaje una vez declarado un concurso, a un expediente preconcursal como el que supone un AEP, con el objetivo de obviar el consentimiento del acreedor hipotecario a la asunción liberatoria de la deuda por el adquirente del bien gravado.

paralización de ejecuciones lo es respecto de todos los bienes del deudor (como la redacción sugiere) o sólo respecto de los bienes o derechos sobre los que recae la garantía real, que es lo que tendría sentido por las razones explicadas en el apartado 1.3.7 que son igualmente aplicables a este expediente.

Por último, el art. 231.5 LC contiene una previsión realmente indescifrable: “*No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras*”. La redacción literal parecería sugerir que este tipo de entidades no puede impulsar, como deudor, este expediente⁷⁵². Son los deudores que quieren propiciar un AEP los que instan o inician el expediente; impropriamente, los que “*acuden*” a este expediente. Sin embargo, el hecho de que el AEP quede reservado a deudores de pequeña significación contrasta con la habitual gran dimensión de las aseguradoras y reaseguradoras. Ello habilita otra interpretación de esta frase y es que pretende extender a los acreedores que sean aseguradoras o reaseguradoras la misma inmunidad respecto del AEP que la que gozan los créditos de Derecho público o los dotados con garantía real a los que se refiere el párrafo inmediatamente anterior. Esto es, la ubicación sistemática de la norma, inmediatamente a continuación de la declaración de inoponibilidad del AEP respecto de los acreedores de Derecho público y de los acreedores dotados de garantía real que no lo consientan, podría conducirnos a pensar que cuando se prohíbe a las aseguradoras y reaseguradoras “*acudir al procedimiento previsto en este Título*”, lo que en realidad quiere significarse es que los créditos de aseguradoras o reaseguradoras son inmunes al AEP. Es en mi opinión una interpretación demasiado voluntarista, puesto que no hay cualquier otra mención a estas entidades en cuanto a los demás efectos del AEP (por ejemplo, no se les excluye de los acreedores que pueden verse afectados por el AEP y a los que el mediador concursal debe convocar, ni de los acreedores convocados con deber de comparecencia a la junta de acreedores so pena de subordinación, o de los acreedores inmunes a la paralización de ejecuciones, etc.). Hay, finalmente, otra interpretación más simple (también insatisfactoria) y es que los acreedores que sean aseguradoras o reaseguradoras no pueden ser parte a estos acuerdos⁷⁵³. Y es insatisfactoria porque implica que pueden verse afectados (salvo que sus créditos gocen de garantía real) pero que no pueden

⁷⁵² FERNÁNDEZ SEJO, José María: “Legislar a *Contra Coeur...*”, *op. cit.*, p. 181.

⁷⁵³ Es la que propone PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: “Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos”, *La Ley* n.º 8161, de 2 de octubre de 2013, p. 6.

intervenir en la formación del acuerdo. Si no pueden adherirse, ¿tienen que rechazarlo siempre para no estar sujetos al riesgo de subordinación de su crédito en el concurso posterior conforme al art. 237.1? ¿Tiene algún sentido esto?

Finalmente, el acreedor con garantía real es inmune a la pena de subordinación establecida respecto de los acreedores convocados a la Junta que debiera aprobar el AEP que no comparezcan a la misma, ni hubieran rechazado o aprobado la propuesta de AEP dentro de los diez días anteriores a la celebración (art. 237.1 LC).

En definitiva, *de lege ferenda* convendría:

- (a) que la norma dejara claro que el acreedor con garantía real puede en cualquier momento, incluso en el acto de la junta, rechazar el AEP y conservar, en ese caso, todos sus derechos;
- (b) suprimir el plazo de un mes para la manifestación de su voluntad de intervenir en el AEP del art. 234.4 por carecer de cualquier utilidad;
- (c) explicitar que la invulnerabilidad del acreedor real respecto de la prohibición de ejecuciones (art. 235.2) se predica únicamente respecto de las ejecuciones de los bienes hipotecados o pignorados y no del resto de los bienes (esto es, cuando ejercita la acción real);
- (d) despejar si la referencia a las aseguradoras y reaseguradoras es una limitación subjetiva al deudor que inicia el expediente del AEP, una limitación subjetiva a la adhesión voluntaria a AEP de este tipo de acreedores o una invulnerabilidad de este tipo de acreedores a los efectos de un AEP; y
- (e) enfatizar que el deber de abstención que se impone a los acreedores en el art. 235.3 LC no impide al acreedor real ejecutar sus garantías o ejercitar cualesquiera acciones reales respecto de los bienes hipotecados o pignorados (acción de devastación, administración interina, etc.).

1.4.9 El caso particular del acreedor flotante

Todas las restantes reflexiones hechas en cuanto a la protección del acreedor flotante respecto a la homologación judicial de AR son perfectamente extrapolables al ámbito de los AEP.

1.5 Invulnerabilidad del acreedor flotante respecto de la exoneración de la deuda insatisfecha en el concurso del deudor persona física

1.5.1 La invulnerabilidad del acreedor dotado de garantía real en general

Los créditos con garantía real son igualmente inmunes respecto de la remisión de créditos que puede sobrevenir en el concurso del deudor persona física, ya en el caso particular del concurso consecutivo, como en el general del concurso con liquidación de la masa activa, pues para la remisión se exige, en todo caso, que se hayan satisfecho al menos los créditos contra la masa y los privilegiados (entre los que se cuentan los créditos con garantía real)⁷⁵⁴. Adviértase a este respecto la contradictoria redacción entre los arts. 242.2.5.^a LC (que contempla la regla de exoneración cuando se acuerda en el contexto particular del concurso consecutivo) y 178.2 *in fine* LC (que contiene la regla general de exoneración), pues mientras en el primero se excluyen de la remisión a los créditos de Derecho público, en el segundo no hay excepción alguna respecto de los créditos de Derecho público; y mientras el primero se refiere al deudor persona natural “*empresario*”, esta última condición no se exige en el art. 178.2 LC.

Es así incomprensible que conforme al art. 242.2.5.^a no puedan quedar afectados por la exoneración de deudas en el concurso consecutivo los créditos de Derecho público, en tanto que en el art. 178.2 LC se permite la exoneración de todo tipo de créditos (también por tanto los de Derecho público) con tal de que se hayan atendido los créditos contra la masa y los concursales privilegiados (para el caso de que se hubiera intentado sin éxito un AEP). Aunque una gran parte de créditos de Derecho público podrían merecer la condición de privilegiados generales (art. 91.1.º, 2.º ó 4.º), algunos podrían ser ordinarios o incluso subordinados (prototípicamente, en los supuestos del art. 92.3.º ó 4.º LC). Los créditos de Derecho público por multas o sanciones, por ejemplo, ¿están a salvo de la exoneración por el art. 242.2.5.^a LC en el concurso consecutivo, o afectados por ella por su condición de subordinados por efecto del art. 178.2? Sobre la base del carácter de regla especial del art. 242.2.5.^a, se podría defender esa limitación a la exoneración a favor del crédito público en el concurso consecutivo

⁷⁵⁴

La exoneración de deudas se asocia siempre a la liquidación (ya en concurso “directo”, ya en el consecutivo), lo que suscita la duda de si cabría aplicarse en los supuestos de conclusión de concurso por insuficiencia de masa. Parecería que no, puesto que el supuesto de ésta (insuficiencia de patrimonio para satisfacer los créditos contra la masa *ex* 176 bis LC) es la antítesis del presupuesto de aquél (PULGAR EZQUERRA, Juana: “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Especial emprendedores: las leyes que los apoyan*, Madrid, 2013 (www.laley.es), Apdo. III-4).

del deudor persona natural empresario⁷⁵⁵. Pero se trataría de una solución absolutamente insustentable en base a una interpretación sistemática e integradora de la LC: ¿qué justificación tiene que, no habiendo masa suficiente para atender todo el crédito concursal, se pueda decretar la exoneración del pasivo ordinario y del subordinado, pero no de este específico pasivo subordinado (por su naturaleza de Derecho público) que podría, por tanto, agredir los bienes (presentes y futuros) del concursado tras el cierre del concurso⁷⁵⁶? ¿Por qué el crédito de Derecho público, que no sufre restricción ni limitación alguna ni durante la negociación del AEP, ni a resultados de su aprobación, impugnación, anulación o de su aplicación hasta el incumplimiento que desencadena el concurso consecutivo, puede recibir mejor trato en un concurso consecutivo que en uno directo?

Respecto a los créditos privilegiados especiales, se ha mantenido que la invulnerabilidad en cuanto a la remisión (ya en el caso particular del concurso consecutivo, ya en el general) se refiere sólo al crédito privilegiado especial en cuanto alcance el valor del bien afecto⁷⁵⁷. Si, con anterioridad a la remisión, se ha ejecutado la garantía real y hay crédito remanente, éste será ordinario y por tanto quedará afectado por la remisión. Pero si la garantía no se ha ejecutado, ninguna parte del crédito privilegiado especial debe tenerse por remitida. Por una parte, porque sería imposible, en ausencia del elemento de contraste de la efectiva ejecución, determinar qué parte del crédito está cubierta por el valor del bien afecto (y es invulnerable a la remisión) y qué parte no (y debe sufrir la remisión). Y por otra, porque esa interpretación impondría peor tratamiento a los créditos privilegiados especiales que a los privilegiados generales (que, dado que no cuentan con privilegio especial sobre un determinado bien, estarían plenamente a salvo de la remisión por la totalidad de su importe), lo cual carece de

⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ SEJO, José María: “Legislar a *Contra Coeur*...”, *op. cit.*, p. 189. Ídem, conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (apdo. II, 3°).

⁷⁵⁶ CUENA CASAS, Matilde: “Ley de Emprendedores y exoneración...”, *op. cit.*, pp. 142-143 concluye que se trata de un pasivo exonerable, a pesar de que critique la opción de política legislativa que, afirma, no tienen paralelismo en los ordenamientos del entorno. En el Derecho alemán, no son en efecto exonerables, además de las deudas garantizadas, los pasivos por multas y sanciones penales o administrativas y las indemnizaciones por responsabilidad civil (art. 302 *Insolvenzordnung*), pero fuera de esos supuestos, el crédito de Derecho público no se diferencia del privado a efectos de la exoneración. Los apdos. 367, 370 y 450 del Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Insolvencia de la Persona Natural (abril 2013) relacionan las deudas exceptuadas generalmente de la exoneración en los sistemas jurídicos analizados (encuesta inicial respecto de 59 países): deudas de alimentos a favor de hijos o cónyuges, multas y sanciones, impuestos, préstamos destinados a la educación y deudas surgidas tras la declaración de la insolvencia.

⁷⁵⁷ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 (apdo. II, 5°). Es también la posición común que refiere el Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento..., *op. cit.*, apdos. 319 y ss.).

lógica alguna. Por tanto, creo que la remisión no debe operar sino hasta tanto no se haya ejecutado la garantía, en caso de que haya remanente. Hasta ese momento, no habrá remisión alguna y, por tanto, los intereses se seguirán devengando sobre la totalidad del crédito (si bien nuevamente, su posibilidad de cobro depende de que el valor del bien en la ejecución sea suficiente para cubrir el principal y los intereses).

La duda está en si el acreedor real puede agredir los nuevos bienes de que devenga propietario el deudor, en tanto no ejecuta la garantía real:

- (a) La negativa se apoyaría en la opción de política legislativa que subyace a la concesión legal de la exoneración a un determinado tipo de deudores (personas naturales) en un conjunto específico de circunstancias (concurso fortuito, concurso con liquidación, satisfacción de determinados créditos, etc.) que es la recuperación para la vida económica de ese deudor (*“fresh start”*). Esa recuperación se articula sobre la *“irresponsabilidad”* del patrimonio futuro del deudor respecto a los créditos concursales o, en otras palabras, la derogación de la responsabilidad patrimonial universal de ese deudor respecto de sus bienes nuevos en relación con dichos créditos concursales. También en que la exoneración que se contempla en el art. 178.2 LC desde la Ley 14/2013 ha sustituido a la regla de responsabilidad (*“el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes”*) y de admisión de las ejecuciones singulares *“en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”* que contemplaba la redacción derogada del art. 178.2 LC.
- (b) La respuesta afirmativa, por el contrario, se apoyaría en las reglas generales sobre el crédito hipotecario y la hipoteca (responsabilidad patrimonial universal del deudor, carácter accesorio al crédito garantizado de la hipoteca, indivisibilidad, acción real y acción personal del acreedor hipotecario, etc.). También en que la opción de política legislativa que subyace a la nueva regulación no contempla un *“fresh start”* total y una irresponsabilidad plena del patrimonio nuevo del deudor respecto de los créditos viejos. Así, cuando el art. 245.2.5.^a LC prevé la exoneración de deudas en el concurso consecutivo, se excluyen expresamente *“las de derecho público”*, por lo que es evidente que los acreedores de Derecho público que no vean satisfacción íntegra en la liquidación del concurso consecutivo podrán dirigirse frente a los bienes nuevos que el concursado adquiera y podrán insinuarlos en la reapertura del concurso que, en su caso, se

declare (arts. 179.1 LC y 180.1 *in fine*). Otro argumento es que el beneficio de la remisión se da respecto de las “*deudas insatisfechas*” a la liquidación pero presuponiendo que “*hayan sido satisfechos en su integridad*” los créditos indicados en los arts. 178.2 ó 245.2.5.^a LC, por lo que la satisfacción del crédito privilegiado (entre otros) se configura como *presupuesto* o *antecedente* de la exoneración y no como consecuencia o efecto de ésta. Si es un presupuesto, hasta tanto no se satisfaga ese crédito, no opera la remisión y no limita, por tanto, los derechos y acciones que el ordenamiento reconoce al acreedor real (entre los que está, desde luego, ejercitar la acción real, pero también la acción personal para dirigirse, sin preferencia alguna, frente a cualesquiera otros bienes del deudor). Por último, cabe la reapertura del concurso del deudor persona natural no sólo por la insolvencia derivada de las nuevas deudas sino, en general, por la situación de insolvencia en que se encuentre el deudor por sus deudas nuevas y sus deudas viejas⁷⁵⁸, y de ahí que el art 180.1 LC obligue a tener en consideración “*las demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes*”.

1.5.2 El caso particular del acreedor flotante

Por lo que se refiere a la remisión o exoneración de deudas en el concurso del deudor persona natural (sea en el concurso consecutivo al que se refiere el 245.2.5.^a LC, sea en general en el concurso por liquidación de la masa activa del art. 178.2 LC), la principal particularidad de la situación del acreedor flotante es que, como en la hipoteca flotante la misma garantía real puede cubrir crédito concursal y crédito post-concursal, en caso de que el deudor venga a mejor fortuna, el acreedor flotante estará incentivado para ejecutar la garantía real precisamente por el crédito concursal y no por el crédito post-concursal (obviamente, estando ambos vencidos), pues mientras el crédito post-concursal remanente en ningún caso se verá afectado por la exoneración –aunque pierda

⁷⁵⁸ No se ha recogido en la ley la regla de prohibición de la reapertura del concurso en caso de exoneración que se recogía en la proposición de ley n.º 122/000011, relativa a la dación en pago y a la protección de las personas físicas insolventes del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia (BOCG n.º 11-1, de 27 de diciembre de 2011, Serie B, pp. 1-5) que sirvió de antecedente (lejano) de la nueva regulación del “*fresh start*” (se proponía la introducción de un nuevo art. 178 bis -*Exoneración del pasivo pendiente*-, con dos apartados, el primero destinado a la remisión del pasivo y el segundo a cerrar la vía al concurso salvo por nuevas deudas: “*En el supuesto previsto en el apartado anterior, no será posible la reapertura del concurso y tendrán carácter individual las acciones que, en su caso, se interpongan hasta la fecha en que sea efectiva la exoneración de deudas. Una vez sea eficaz la exoneración de deudas serán archivadas las acciones individuales en trámite que no hayan sido conducentes y únicamente cabrá la solicitud de un nuevo concurso de acreedores frente al mismo deudor si se cumplen los presupuestos establecidos en esta Ley en relación con deudas nacidas tras la conclusión del primer procedimiento concursal*”).

la garantía real–, el crédito concursal remanente sí debería quedar afectado en la interpretación que aquí se defiende.

LA HIPOTECA FLOTANTE Y LOS TÍTULOS HIPOTECARIOS

1. La hipoteca flotante y los títulos hipotecarios

Cualquier préstamo o crédito llamado a quedar cubierto por una hipoteca flotante (sea global o no) del art. 153 bis LH merecerá la consideración de préstamo o crédito hipotecario concedido por una entidad financiera a las que se refiere el art. 2 LRMH y, en consecuencia, podrá ser movilizado mediante la emisión de cédulas (art. 12 LRMH), bonos hipotecarios (art. 13 LRMH) o participaciones hipotecarias (art. 15 LRMH). También podrá ser movilizado a través de la emisión de certificados de transmisión de hipoteca (Disposición Final Primera de la Ley 41/2007)⁷⁵⁹. En todo caso, obviamente, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la LRMH. Lo anterior, sin embargo, no aplica a los préstamos o créditos cubiertos por una hipoteca flotante a favor de la SAREB o de las administraciones públicas, dado que esas entidades no tienen la condición de emisores de títulos hipotecarios o de certificados de transmisión de hipoteca conforme al art. 2 LRMH.

No me parece dudoso que el legislador de la Ley 41/2007 aceptara naturalmente la posibilidad de titulización de los préstamos bancarios garantizados con hipoteca flotante. Y por eso, exactamente a continuación del artículo en el que introduce en nuestro Derecho la hipoteca flotante, modifica la redacción del art. 4 LRMH precisamente para incluir entre las operaciones activas susceptibles de movilización a través de la emisión de títulos hipotecarios los préstamos garantizados con hipoteca de máximo (hasta ese momento, sólo los garantizados “*con garantía de hipoteca inmobiliaria*”) (art. 12.1 Ley 41/2007)⁷⁶⁰.

Entre los requisitos comunes a todos los títulos hipotecarios, los préstamos o

⁷⁵⁹ En contra, CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo...”, *op. cit.*, p. 5-6 sobre la base de su argumento de que los créditos cubiertos por una hipoteca global no son en puridad “*créditos hipotecarios*”.

⁷⁶⁰ DÍAZ MORENO, Alberto: “Reforma del Mercado Hipotecario. Coeficientes de inversión y recursos propios”, *Derecho de los Negocios*, n.º 209, febrero de 2008, p. 49. No es razonable entender que la referencia a la hipoteca “*de máximo*” del art. 12.1 de la Ley 41/2007 se hace a la hipoteca del art. 153 LH y no a la del art. 153 bis LH y ello, no sólo porque obviamente el art. 153 LH ya existía antes de la Ley 41/2007, sino fundamentalmente porque el reglamento de desarrollo de la LRMH anterior a la Ley 41/2007 ya se refería a los “*créditos garantizados con hipotecas de seguridad o de máximo*” y, por tanto, entre otras, a las hipotecas del art. 153 LH (art. 32.1.f) del Real Decreto 685/1982). Si el legislador de la Ley 41/2007 aprovecha la reforma del art. 4 LRMH para incluir la referencia a las hipotecas “*de máximo*” lo hace para solventar por anticipado cualquier duda sobre la “*elegibilidad*” a efectos de titulización de los créditos asegurados con las nuevas hipotecas.

créditos deberán cumplir con alguna de las finalidades del art. 4 LRMH, lo cual no será difícil merced a la generosa amplitud del inciso final que ha introducido ese mismo art. 12.1 de la Ley 41/2007:

“La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad”.

Me voy a referir a partir de aquí únicamente a las especificidades de la aplicación de la LRMH a la movilización de créditos garantizados por hipotecas flotantes, sin entrar a contemplar ningún aspecto de esa normativa en la que no aprecie diferencia de tratamiento o particularidad alguna respecto de un préstamo o crédito asegurado con una hipoteca de tráfico o de seguridad ordinaria.

Las limitaciones cuantitativas establecidas en la LRMH son, obviamente, de aplicación también a los préstamos o créditos cubiertos por una flotante que aspiren a ser movilizados. Con carácter general, el préstamo o crédito no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado, si bien cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80% del valor de tasación⁷⁶¹. Se establecen así unas relaciones máximas admitidas entre el importe del crédito o préstamo y el valor de la cosa hipotecada (lo que en la práctica financiera se conoce con la expresión inglesa “*loan to value ratio*”, abreviadamente “*LTV*”, o “*ratio préstamo-valor*”), presuponiendo la norma, obviamente, que la responsabilidad hipotecaria cubre el valor de la deuda e intereses. En una hipoteca de tráfico o de seguridad “normal” en la que exista una única obligación asegurada, la totalidad de la responsabilidad hipotecaria garantiza dicha obligación, por eso (presuponiendo que la responsabilidad hipotecaria cubre la deuda), la calidad de la garantía viene dada por la relación deuda valor de la cosa: cuanto más pequeña sea esa relación, mejor garantizada está la deuda.

⁷⁶¹ Con carácter excepcional, el art. 5 de la LRMH y 5 del RD 719/2009 contemplan la posibilidad de alcanzar un LTV del 95%.

Para el caso de que se pretenda la movilización de un préstamo o crédito amparado por una flotante global en tanto está latente el riesgo de que se incorporen nuevos créditos a la garantía o cuando esa misma hipoteca asegure otras obligaciones, será preciso que se distribuya la responsabilidad hipotecaria de forma que se asegure el cumplimiento del LTV del 60% (o del 80%) respecto de la porción de hipoteca que asegura el crédito elegible para la movilización, o bien que, mediante resolución unilateral del acreedor hipotecario, se excluya de la cobertura hipotecaria esas otras obligaciones presentes o futuras. En el caso de una hipoteca flotante pura o global, la exclusión de esas otras obligaciones futuras podría tener carácter definitivo, o bien, al menos en tanto en cuanto se mantenga en vigor y movilizado mediante la emisión de títulos hipotecarios el otro crédito. Sólo cuando se haya individualizado la responsabilidad hipotecaria, podrá saberse qué parte del valor de la cosa está soportando (en exclusiva) la deuda y, de esta forma, qué LTV tiene el crédito que se pretende movilizar mediante la emisión de cédulas o bonos hipotecarios, o quiere cederse mediante participaciones hipotecarias. Supongamos que un bien de 1000 de valor de tasación se hipoteca mediante una flotante global por una responsabilidad máxima hipotecaria de 1000 (por simplicidad, olvidemos ahora el desglose de esta responsabilidad entre principal, intereses, costas y gastos). En un determinado momento, existe un préstamo de 60. Pues bien, si el acreedor asigna a ese crédito una responsabilidad hipotecaria del 10% de la original, ese préstamo pasó a tener un LTV de 60% ($60 \text{ de préstamo} / 100 \text{ de valor} = 60\%$), resultando por tanto elegible conforme al RD 716/2009. Antes de esa asignación, no existían más deudas garantizadas, pero estaba latente el riesgo de que surgieran, por lo que no podría decirse que el LTV de ese único crédito fuera del 6% ($60/1000$), dado que el emisor podría conceder (sin cualquier límite) crédito adicional que habría que ir sumando al valor de la deuda para calcular el LTV medio de la cesta de obligaciones existentes en cada momento. Lo mismo ocurre en una flotante en garantía de varias obligaciones existentes, aunque ahí no exista la posibilidad de que aumente el valor de las deudas garantizadas (son las que se conocen). Por ejemplo, si ese mismo bien se hubiera hipotecado en una flotante en garantía del préstamo de 60 citado y de un contrato de derivados de 900 de deuda máxima, el LTV medio de esas dos obligaciones, hasta tanto no se hiciera una distribución de responsabilidad hipotecaria, sería del 96% ($=(60+900)/1000$), no siendo elegible. Sólo en el caso de que el acreedor (o ambas partes) hubiesen asignado al préstamo de 60 una responsabilidad hipotecaria de 60 (y los restantes 940 al derivado), podrá decirse que el

LTV de ese préstamo es del 100% (en tanto que el LTV del derivado pasaría a ser del 95,7% o 900/940).

Aun cuando los préstamos y créditos hipotecarios excedan inicialmente de estos porcentajes, podrán resultar *“elegibles para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias, para servir de cobertura a la emisión de bonos hipotecarios y para ser objeto de participaciones hipotecarias cuando, como consecuencia de la amortización experimentada por su principal o de la modificación del valor de los bienes en el mercado, previa la tasación correspondiente, su importe no supere los límites establecidos en este artículo en relación con el valor de tasación, inicial o revisado, del bien hipotecado”* (art 5.3 RD 716/2009). Este artículo se refiere exclusivamente a la recomposición del LTV máximo admisible por amortización del préstamo (disminución del *“loan”*) o por ampliación de la tasación (aumento del *“value”*). El RD 716/2009 no contempla ninguna otra forma de recomposición del LTV porque en una hipoteca de tráfico o de máximo ordinaria, la totalidad de la hipoteca garantiza una única obligación y, por eso no existe otra posibilidad de recomposición del LTV que no sea mediante aumento en el valor de la cosa (asumiendo suficiente la responsabilidad hipotecaria) o mediante disminución de la deuda. En el caso de una flotante en garantía de varias obligaciones, el LTV de una de ellas puede mejorar simplemente mediante la distribución de la responsabilidad hipotecaria por parte del acreedor (o, como no, mediante pacto), o la exclusión de la garantía (también acordada unilateralmente por el acreedor o convenida con las partes) de otros préstamos o créditos inicialmente llamados a beneficiarse de ella.

El préstamo o crédito cubierto por una hipoteca flotante en la que, mediante individualización de su responsabilidad hipotecaria, ha pasado a tener el LTV máximo que, dependiendo de las circunstancias, lo hace elegible para la emisión de títulos hipotecarios puede, sobrevenidamente, dejar de ser elegible cuando *“por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia, el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en los términos establecidos en el artículo 9 y ello no fuera subsanado por los métodos descritos en dicho artículo, el préstamo o crédito hipotecario garantizado por dicho bien dejará de ser elegible de acuerdo con el artículo 3, salvo que se hubiere ya afectado a la emisión de bonos o hubiese sido objeto de participaciones hipotecarias”* (art. 12.7 RD 716/2009). Vale la pena mencionar las dudas sobre la vigencia de este art. 12.7 a resultas de la aprobación de la Ley 1/2013,

pues ésta ha suprimido el párrafo tercero del art. 5 LRMH (*“Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo”*), que era la regla de cobertura del art. 9 RD 716 al que el 12.7 se remite.

Para ser susceptible de movilización, la hipoteca flotante habrá de estar *“constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca”* (art. 5 LRMH). Cuando sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos (arts. 5 LRMH y 7 RD 716/2009). Esta exigencia me suscitó, en un primer momento, alguna duda atendiendo al carácter de entidad financiera que ha de revestir el acreedor hipotecario del art. 153 bis LH como condición esencial de la hipoteca. En efecto, sólo las entidades financieras del art. 2 LRMH pueden ser, simultáneamente, acreedores hipotecarios de una hipoteca flotante (art. 153 bis LH) y emisores de títulos hipotecarios conforme a la normativa del mercado hipotecario (art. 2 LRMH; art. 2 RD 716/2009). La movilización de un préstamo o crédito que entraña la emisión de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, ¿supone o puede suponer una modificación de la condición subjetiva del acreedor hipotecario a una entidad no financiera, incompatible con el mantenimiento de la validez y plena ejecutividad de la hipoteca flotante? Es decir, si los cedulistas, bonistas o participantes no reúnen la condición de entidades financieras del art. 2 LRMH, ¿pone eso en solfa la validez o ejecutabilidad de la hipoteca flotante, haciendo en consecuencia no movilizables los créditos o préstamos garantizados por una hipoteca flotante? Llego a la conclusión de que no en base a los siguientes argumentos:

- (a) Ni la emisión de cédulas ni la de bonos supone, en puridad, una cesión de los préstamos o créditos del emisor, aunque los efectos económicos de la emisión sean los mismos que los de la cesión, o sea, el desplazamiento del riesgo de crédito –y sus derechos– a los cedulistas o bonistas (Norma vigésimo tercera de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, sobre normas de

información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros). El acreedor hipotecario continúa siendo el emisor, que conserva la legitimación activa para reclamar el crédito y ejercer las acciones hipotecarias, sin perjuicio de los derechos y acciones que se reconocen a cedulistas y bonistas (art. 14 LRMH). Ni siquiera se refleja en el registro de la propiedad el negocio de emisión, ni para cédulas, ni para los bonos (respecto a estos últimos, sólo tras las modificaciones introducidas en la LRMH por la Ley 41/2007).

- (b) Lo mismo puede decirse respecto de la emisión de participaciones hipotecarias. Aunque en la emisión no hay, propiamente, un negocio jurídico de cesión de crédito, se desplaza al participante el riesgo económico del crédito (o porción) participado (arts. 15 LRMH, 26.4 ó 27.3 RD 716/2009), conservando el emisor la custodia y administración del crédito y la legitimación para ejercitar las acciones hipotecarias, incluso aunque la participación sea total (art. 26.3 RD 716/2009), si bien se atribuyen al participante facultades de ejecución en relación al crédito o préstamo (arts. 15 LRMH ó 30.1 RD 716/2009), condicionadas eso sí a la “*inacción*” del emisor. En efecto, de los apartados a) y c) del art. 31 RD 716/2009 resulta evidente que el participante puede ejercitar la acción hipotecaria “*por subrogación*” si el emisor no inicia el procedimiento dentro de los 60 días desde la intimación notarial cursada por el participante. Tampoco en este caso existe reflejo en el registro de la propiedad de la emisión, salvo cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales (tal y como se definen en el art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado (art. 29.1 RD 716/2009). En definitiva, tampoco puede decirse que la emisión de la participación traslade al participante la condición de acreedor hipotecario (ni siquiera en el caso de una participación plena).
- (c) No cabe duda que la Ley 41/2007, en la que se crea la hipoteca flotante, tiene una decidida finalidad flexibilizadora e innovadora tanto en el marco del mercado hipotecario primario (o de la originación de los préstamos o créditos hipotecarios de las entidades bancarias) como en el mercado hipotecario secundario (el de la movilización económica de esos préstamos o créditos mediante la emisión de títulos del mercado hipotecario). En el primer ámbito, es especialmente destacable la creación de la hipoteca flotante, en tanto que en el segundo lo es la

simplificación de los requisitos formales para la emisión⁷⁶². No parece coherente, siendo ello así, que se haga una interpretación de la Ley que restrinja la refinanciación de créditos hipotecarios asegurados mediante hipoteca flotante a través de la técnica de la titulización hipotecaria.

- (d) Por último, incluso en el caso de que llegáramos a considerar que la emisión de un título hipotecario comporta una modificación del acreedor hipotecario a favor del tenedor (lo que, a lo más, podría mantenerse respecto de una participación hipotecaria por la totalidad del préstamo o crédito, pero nunca respecto de cédulas o bonos o cuando se hace participar sólo respecto de una parte del crédito), tampoco eso supondría una nulidad sobrevenida de la hipoteca, si bien no podría seguir respondiendo a la naturaleza de hipoteca flotante (entendida como hipoteca en garantía de más de una obligación, sean determinadas o no). Ya se ha enfatizado que uno de los requisitos para que un préstamo o crédito garantizado por una hipoteca flotante pudiera ser movilizad mediante la emisión de títulos hipotecarios es que se haya asignado una responsabilidad máxima hipotecaria que permita cumplir las exigencias de LTV establecidas en la Sección Segunda de la LRMH y en el art. 3 del RD 716/2009.

La falta de constancia registral del crédito, habitual en la flotante, no debería considerarse objeción para la movilización, puesto que tampoco lo es para la ejecución. Como se ha expuesto anteriormente, el acreedor hipotecario puede ejercitar la acción hipotecaria incluso aun cuando la existencia misma del crédito no resulte del registro de la propiedad. Buena prueba de esto es que el art. 12 del RD 716/2009 excluye o

762

Lo pone de relieve reiteradamente el preámbulo de la Ley 41/2007: “Las líneas de acción en que puede estructurarse la presente Ley referida al mercado hipotecario son, fundamentalmente, la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación” (apartado I); “El segundo ámbito de modernización que se aborda en esta Ley corresponde a los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios. La coyuntura favorable en los últimos años de nuestro mercado hipotecario e inmobiliario es una gran oportunidad para consolidar nuestro mercado de títulos hipotecarios. Este reto necesita de mejoras regulatorias y técnicas que fomenten la innovación y permitan un alto grado de flexibilidad a las entidades emisoras de estos títulos” (apartado III); “En el Capítulo VI, se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes». [...] Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. [...] Asimismo, se establece un marco adecuado que permitirá la posibilidad de movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento” (apartado VII del Preámbulo).

restringe la movilización de los préstamos o créditos “*garantizados por hipoteca de seguridad o de máximo, en la parte de los mismos en que no conste haber sido efectivamente contraída la deuda correspondiente en el registro contable especial llevado por la entidad emisora de las cédulas o bonos hipotecarios, o en el libro especial mencionado en el artículo 32.3 llevado por la entidad emisora, en el caso de participaciones hipotecarias*”, exigiendo por tanto solamente la constancia de la deuda en el registro contable de la entidad y no en el registro de la propiedad, como se exigía respecto de los créditos garantizados por hipoteca de máximo en el art. 32.1 f) del Real Decreto 685/1982, de desarrollo de la LRMH (derogado por el RD 716/2009) o como se exige, aún, para los créditos sujetos a condición resolutoria en el art 12 RD 716/2009. Por tanto, es posible movilizar un crédito garantizado por una hipoteca flotante, incluso una flotante pura o global, obviamente con tal de que el crédito haya surgido y haya sido, en consecuencia, anotado en el registro contable del acreedor.

Será aplicable, respecto de los créditos llamados a quedar amparados en la flotante y efectivamente movilizados mediante la emisión de cualquiera de los títulos hipotecarios, el privilegio establecido en el art. 10 LRMH.

Y remato este apartado con una reflexión en torno a la posibilidad de movilizar préstamos o créditos garantizados por hipotecas flotantes a través de los certificados de transmisión de hipoteca (o “**CTH**”) introducidos en nuestro Derecho mediante la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. Los CTH se configuran legalmente como participaciones hipotecarias respecto de créditos o préstamos bancarios que no reúnen los requisitos de calidad que se exigen respecto de los títulos hipotecarios en la Sección Segunda de la LRMH o en el art. 3 RD 716/2009. En base a esa peor calidad del subyacente, no se considera a los CTH como títulos hipotecarios (que queda así reservado para cédulas, bonos u participaciones hipotecarias). Atendiendo al mayor riesgo implícito que suponen (al ser peor la calidad del crédito o préstamo subyacente), se limita su emisión exclusivamente a favor de inversores profesionales o fondos de titulización de activos e incluso se prohíbe la emisión de CTH respecto de préstamos o créditos elegibles conforme al art. 3 LRMH (DA 1ª del RD 716/2009, apartados 2 y 3). Pues bien, entiendo que los créditos o préstamos garantizados por hipoteca flotante que no cumplan las condiciones de elegibilidad del art. 3 RD 716/2009 pueden ser movilizados mediante la emisión de

CTH. No se opone a esta afirmación la constatación de que el apartado 5 de la DA 1ª del RD 716/2009 prohíbe la emisión de CTH respecto de, entre otros, los préstamos y créditos a los que se refiere el art. 21 f) RD 716/2009, o sea, *“los garantizados por hipoteca de seguridad o de máximo, en la parte de los mismos en que no conste haber sido efectivamente contraída la deuda correspondiente en el registro contable especial llevado por la entidad emisora de las cédulas o bonos hipotecarios, o en el libro especial mencionado en el artículo 32.3 llevado por la entidad emisora, en el caso de participaciones hipotecarias”*, si bien, al igual que decía respecto de los títulos hipotecarios anteriormente, exige que se haya asentado el crédito en el registro especial que el emisor de participaciones hipotecarias y de CTH debe llevar (art. 32.3 y apartado 7 de la DA 1ª RD 716/2009).

GARANTÍAS MOBILIARIAS FLOTANTES

1. Hipoteca Mobiliaria Flotante. Prenda sin desplazamiento flotante

No me resulta difícil alcanzar la conclusión de que es válida una hipoteca mobiliaria flotante o una prenda sin desplazamiento flotante, y ello, aunque falta una referencia expresa al art. 153 bis LH en la LHMyPSD, que sí existe, sin embargo, a los arts. 153 y 154 LH respecto de la hipoteca en garantía de cuenta de crédito o de letras de cambio (art. 7). Es cierto que el art. 153 bis LH fue introducido por la Ley 41/2007 y que esta ley alteró la redacción de tres artículos de la LHMyPSD y que bien podría haber incluido también en el art. 7 una referencia expresa al art. 153 bis LH. Pero el hecho de que no lo hiciera, no significa obviamente que lo excluyera. Sobre la base de la remisión genérica a la legislación hipotecaria contenida la Disposición Adicional 3ª de la LHMyPSD (*“En el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores”*) y la Disposición Final del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento de Posesión (*“En todo lo no previsto en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y en el presente Reglamento se aplicarán subsidiariamente las normas de la legislación hipotecaria, en cuanto sean compatibles”*) es dable entender aplicable el art. 153 bis LH en relación a la hipoteca mobiliaria o a la prenda sin desplazamiento.

Si bien la DGRN ha mantenido que esta aplicación subsidiaria de la normativa hipotecaria en materia de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento ha de tener en cuenta la especial condición de registro de actos de gravamen del registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento⁷⁶³, el centro directivo ha sido ciertamente generoso en la aplicación de los distintos subtipos de hipotecas inmobiliarias a las garantías reales mobiliarias: hipoteca mobiliaria en garantía de obligación futura o

⁷⁶³

RDGRN de 19 de diciembre de 1979 (La Ley 162/1979): *“Hay que tener en cuenta que se trata de un acto inscribible en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, que a diferencia del de la Propiedad, ofrece la particularidad de estar referido exclusivamente a actos de gravamen, por lo que la aplicación de las normas subsidiarias de la legislación hipotecaria general a que hace referencia la Disposición Adicional 3.ª, ha de hacerse con la natural precaución, en particular aquellos principios hipotecarios que, o no pueden tener encaje o, en su caso, lo tienen muy restringido al entrar en contacto con este tipo especial de Registro.”*

condicionada⁷⁶⁴, hipoteca mobiliaria en garantía de cuenta de crédito, etc.

En la Instrucción de la DGRN de 12 de mayo de 2012 (JUR 2012/210678) se admite, sin género alguno de duda, la posibilidad de constitución de “*prendas registrales de máximo*” sobre créditos actuales y/o futuros y en garantía del cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso futuras al tiempo de la constitución de la prenda, y aún resultantes de contratos no celebrados (esto es, de créditos puramente futuros). Bastará para ello, señala la DGRN en esta Instrucción, “*que se especifique en el título de constitución una “descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (cfr. Art. 153 bis LH)”*”. Y añade que, en el caso de que se pignoren créditos futuros (incluso puramente futuros) en garantía de obligaciones presentes o incluso de obligaciones futuras, determinables pero aún no determinadas, “*no debe llevarse el principio de especialidad o de determinación hipotecaria/registraral al extremo de exigir un mayor grado de determinabilidad en relación con los créditos futuros contemplados [léase, empeñados] que la que se precisa para la determinación de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo*”.

Menos afortunada es la DGRN en las resoluciones de 2 y 3 de enero de 2013⁷⁶⁵ relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes” pero no constituidas al amparo del art. 153 bis LH dado que los acreedores pignoraticios no reunían los requisitos subjetivos del art. 153 bis LH. Tras recordar hasta en dos ocasiones que la Ley Hipotecaria es de aplicación supletoria a las hipotecas mobiliarias y las prendas sin desplazamiento afirma: “[...] *sin embargo, en el presente caso, es evidente que las personas físicas a cuyo favor se constituye la garantía no entran en ninguna de tales categorías, por lo que no pueden beneficiarse de la exención del pacto novatorio que consagra el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, además de que, en este caso concreto, dado el carácter especial de la norma, no cabe aplicar la analogía con el derecho de prenda*” (F.D. 8.º). Esta referencia última a la “analogía” en relación al

⁷⁶⁴ DGRN de 28 de julio de 1998 (EDD 1998/30619): “*Aun cuando la L 16 Dic. 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, no regule expresamente la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva, la remisión que su disposición adicional tercera hace en caso de insuficiencia de sus preceptos a la legislación hipotecaria permite concluir, por aplicación de lo dispuesto en el art. 142 LH, la posibilidad de hacer extensiva la hipoteca mobiliaria a la garantía de aquellas obligaciones, en cuyo caso surtirá efectos frente a terceros desde la inscripción, si la obligación fruto en este caso de la novación llega a surgir.*”

⁷⁶⁵ BOE n.º 33 de 7 de febrero y n.º 39, de 14 de febrero, respectivamente. Véase el supuesto de hecho en las notas a pie de página en el apartado 7.1.9 del Capítulo IV.

derecho de prenda confunde. Entiendo que lo que la DGRN quiere decir es que no cabe aplicar al caso la regla del art. 153 bis LH (que no exige pacto novatorio) pese a la regla general de supletoriedad de la normativa hipotecaria respecto de las garantías mobiliarias tabulares porque los acreedores pignoratícios no eran entidades financieras ni administraciones públicas. Y que tampoco cabe aplicar dicho precepto –el 153 bis LH– a las garantías mobiliarias en discusión en ese caso por analogía, por tratarse de una norma especial, como tampoco entiende la DGRN aplicable dicho precepto por analogía a otras hipotecas inmobiliarias (singularmente, a las hipotecas en garantía de obligación futura del art. 142 LH). Es decir, el rechazo de la aplicación analógica se justifica en el carácter especial de la norma del 153 bis LH y no en la circunstancia de que nos encontráramos ante garantías mobiliarias.

En la práctica, no es infrecuente encontrar prendas sin desplazamiento u hipotecas mobiliarias flotantes o globales, en especial, tras las incertidumbres creadas en relación a la prenda ordinaria a raíz de la última modificación del art. 90.1.6º LC⁷⁶⁶.

766

La DGRN ha defendido la existencia de incompatibilidad entre una garantía financiera del Real Decreto-Ley 5/2005 y una prenda sin desplazamiento (*vid.* Instrucción de la DGRN de 12 de mayo de 2012, JUR 2012/210678, que, sobre la base de lo dispuesto en el art. 54 LHMyPSD (“*podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento los derechos de crédito [...] siempre que [...] y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005*”) y en el art. 8 del Real Decreto-Ley 5/2005 (“[...] los acuerdos de garantía financiera regulados en este capítulo deberán constar por escrito, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisión como prueba”) concluye: “*por lo demás, los bienes objetos de las garantías financieras no son susceptibles de prenda sin desplazamiento de créditos, art. 54.3 LHMPD*”. Criticando la simplicidad de este argumento, véase CARRASCO PERERA, Angel: “Prendas sin desplazamiento y prendas financieras sobre créditos. A propósito de una calificación denegatoria de un Registrador de Bienes Muebles” [en línea], 16 de julio de 2013, www.notariosyregistradores.com; <<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2013-prenda-financiera-creditos.htm>> [consulta: 19 de enero de 2012], p. 1.

CONCLUSIONES

1. Conclusiones

1. El art. 153 bis LH permite la inscripción de hipotecas en favor de entidades financieras y de la SAREB en garantía de una o más obligaciones, presentes y/o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, y sin necesidad de novar las distintas obligaciones a los efectos de determinar el saldo único exigible (aunque vale el pacto en contrario).

2. Cabe también hipoteca flotante en favor de las administraciones públicas en garantía de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin que, sin embargo, se admita para cobertura de créditos futuros, ni de un único crédito.

Tampoco se establece, respecto de la hipoteca flotante en favor de las administraciones públicas, la posibilidad de atribuir al acreedor facultad de certificación de la deuda, si bien esa facultad ya resulta de la normativa tributaria o de la Seguridad Social.

3. No se impone individualizar la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada una de las aplicaciones garantizadas por la hipoteca. Ello no significa que no se pueda, si las partes lo quieren al tiempo de la constitución de la hipoteca (e incluso si el acreedor hipotecario lo quiere en cualquier momento posterior) distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados (sin que eso exija ulteriores consentimientos de los terceros registrales).
4. Debe fijarse el plazo de la hipoteca (pero no el plazo –separado– en que han de surgir los créditos garantizados o el plazo máximo que han de respetar los créditos garantizados). El acreedor puede acortar el plazo de la hipoteca, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor, ni de los titulares registrales de derechos posteriores. Todo ello sin perjuicio, en su caso, del acuerdo alcanzado en la relación jurídica global o acuerdo de colaboración que pueda haberse contraído entre las partes al tiempo de la constitución de la hipoteca flotante o global. La extensión del plazo sí requeriría consentimiento del propietario y de los titulares registrales posteriores. El acreedor hipotecario puede ejecutar la hipoteca ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, aunque el plazo de la hipoteca no

haya vencido (la ejecución deberá promoverse, precisamente, *antes* de la llegada del plazo).

5. Mientras que acreedor hipotecario flotante sólo pueden ser las entidades financieras identificadas en el art. 2 de la LRMH, la SAREB o las administraciones tributarias y de la Seguridad Social, no existe limitación subjetiva alguna sobre el deudor hipotecario flotante o sobre el hipotecante no deudor flotante.

En contratos con consumidores, el acreedor flotante está obligado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa (singularmente, la evaluación de la solvencia y el suministro de información al deudor) cada vez que extiende crédito llamado a quedar cubierto por la flotante. A la vista de las condiciones comunicadas por el acreedor hipotecario para cualquier nueva operación que pretenda quedar amparada en la flotante o en la global, el consumidor podrá concertar la operación, contraer nuevo crédito hipotecario con otro acreedor (que, obviamente, tendrá el rango que le otorgue su acceso al registro, posterior por tanto al de la hipoteca flotante o global existente); “rescatar” la hipoteca mediante su cancelación (lo que podrá hacer si no existe en ese momento riesgo vivo existente cubierto con la hipoteca y la generación de nuevo crédito llamado a quedar amparado por ella depende entre otras cosas de un consentimiento negocial por parte del deudor, que excluye en ese momento de forma irrevocable); o “rescatar” la hipoteca mediante su movilización a favor de un nuevo acreedor, sea con la colaboración del acreedor (a través del mecanismo de la cesión), sea en fin sin su cooperación, a través de la subrogación legal reconocida en la Ley 2/1994 o, con carácter general, en el CC.

6. La hipoteca flotante permite garantizar obligaciones futuras, definidas por referencia a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar, sin que sea preciso que exista, al tiempo de la constitución de la hipoteca, la relación o relaciones jurídicas en cuyo seno se gestarán o nacerán. Puede por tanto asegurar créditos simplemente futuros o puramente futuros. No es necesario que se establezcan límites cuantitativos o temporales respecto del monto (absoluto o momentáneo) o el plazo en que deben surgir los créditos futuros llamados a quedar cubiertos por la hipoteca (límites que, no obstante, pueden fijarse por las partes conforme a la autonomía de la voluntad).

7. Para el caso de que los negocios de los que puedan resultar las obligaciones gocen de tipicidad legal o hayan sido acogidos jurisprudencialmente, bastará con identificarlos en la escritura por sus denominaciones. En otro caso, será precisa una descripción, aún genérica, de los actos o negocios de los que pueden nacer las obligaciones que quedarán cubiertas por la hipoteca.
8. Precisamente porque la hipoteca del art. 153 bis LH puede cubrir créditos puramente futuros, ya los concretos o determinados en la escritura de constitución (hipoteca flotante), como con carácter abierto, los que se concierten durante el plazo de la hipoteca (hipoteca flotante pura o global) de las características indicadas en la escritura, esta modalidad permite conseguir el efecto económico de la redistribución o “recarga” de un crédito hipotecario anterior con importantes ventajas respecto de la recarga de préstamos efectuada al amparo de la Ley 2/1994, no sólo en términos arancelarios y fiscales sino, sobre todo, en los aspectos sustantivos, pues con la hipoteca flotante no se plantean en ningún caso debates o polémicas sobre los derechos de los titulares registrales posteriores para discutir la oponibilidad de la recarga o el rango de la garantía respecto del nuevo crédito.
9. El acreedor flotante puede extender la cobertura hipotecaria a los créditos derivados de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor y a los créditos contra el deudor cedidos al acreedor flotante por tercero, con tal de que unos y otros créditos quedan amparados en la descripción general de las obligaciones o negocios garantizados por la flotante y se admita expresamente la generación del crédito cubierto por cualquiera de estas vías.
10. La flotante puede garantizar obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados, obligaciones nacidas aún no vencidas, obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros e incluso obligaciones vencidas, pero impagadas. No hay objeción para garantizar con una hipoteca flotante obligaciones que excedan del importe de la responsabilidad hipotecaria (supuesto muy frecuente cuando la flotante se utiliza en escenarios de refinanciación empresarial).
11. No es necesaria la constancia registral de la existencia o cuantía de las concretas obligaciones garantizadas como condición para la ejecución, o el ejercicio de los demás derechos del acreedor (pero, en defecto de constancia registral, los efectos de la fe pública registral, legitimación, etc. se predicen sólo de la hipoteca y no de

cada uno de los créditos garantizados).

12. Es válida la constitución de hipoteca flotante por un hipotecante no deudor. Dado que no se exige nexo causal entre las obligaciones garantizadas, el hipotecante podría tener condición de deudor respecto de alguna de las obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otras.

Si se hubiera puesto fin a la indiferenciabilidad de la flotante mediante la asignación de porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones garantizadas:

- (a') la prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante, si dicha prórroga no ha sido consentida por el hipotecante no deudor (ya al tiempo de la constitución de la hipoteca, ya con posterioridad);
- (b') análogamente, la prórroga no consentida por el hipotecante no deudor concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de éstas (en la cuantía de la responsabilidad hipotecaria asignada a las obligaciones prorrogadas).

Igualmente, cuando no existe indiferenciabilidad, la condonación de las obligaciones garantizadas (de todas o de algunas) o las acciones del acreedor que perjudican el derecho de subrogación del hipotecante no deudor frente al deudor respecto de todas o algunas de las obligaciones garantizadas producen los mismos efectos extintivos sobre la hipoteca flotante.

Por el contrario, en presencia de la indiferenciabilidad natural de la flotante, ni la condonación, ni la prórroga no consentida por el hipotecante no deudor, ni los actos del acreedor que perjudican el derecho de regreso del hipotecante no deudor extinguen o reducen la hipoteca flotante, pero sí excluyen el crédito respecto del que se producen de la cobertura de la hipoteca.

El pago hecho por el hipotecante no deudor tendrá efectos cancelatorios sobre la hipoteca flotante (salvo que se haya excluido voluntariamente por el hipotecante no deudor en la escritura de constitución de la hipoteca o con posterioridad).

En una hipoteca global, el hipotecante no deudor asume el riesgo de que el deudor y el acreedor concierten libremente operaciones llamadas a quedar amparadas por la garantía, durante el plazo de la hipoteca, sin que siquiera la responsabilidad hipotecaria constituya límite al volumen de endeudamiento total o en cualquier momento que acreedor y deudor pueden concertar. El acreedor no asume, en razón de la constitución de la hipoteca, obligación de información alguna respecto del hipotecante no deudor en torno a los créditos que concede al deudor o sus vicisitudes.

13. Aun cuando no se haya agotado el plazo de una hipoteca llamada a cubrir créditos futuros, el deudor que excluye firme e irrevocablemente la prestación del consentimiento negocial que determinaría el nacimiento de los créditos futuros puede exigir al acreedor la cancelación de la flotante (obviamente, siempre que no existan créditos presentes garantizados ni pueden venir a surgir, habida cuenta de tal exclusión, otros créditos objetivamente cubiertos), aun cuando no se haya previsto expresamente tal posibilidad en la escritura de constitución de la hipoteca.
14. Pese a la tradicional postura restrictiva en relación con la hipoteca solidaria, no se advierte razón para rechazar la cobertura mediante una hipoteca flotante de créditos ya garantizados hipotecariamente sobre otros bienes (o a la inversa) sin necesidad de distribuir dichos créditos entre las distintas hipotecas, y tanto si esa situación de solidaridad en la responsabilidad hipotecaria sobreviene en el mismo momento, o en momentos sucesivos.
15. Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados.

Cuando haya cesado la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante por haberse asignado porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada obligación garantizada, la cesión de cualquiera de los créditos comporta la correspondiente cesión de la garantía real al cesionario, salvo que el cedente la excluya (en cuyo caso, la hipoteca se extingue parcialmente, en la responsabilidad hipotecaria asignada al crédito cedido).

Por el contrario, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, la

cesión de todos o algunos de los créditos asegurados, sin traslado simultáneo de la flotante al cesionario, no produce la extinción parcial de la flotante.

Debe admitirse el derecho del acreedor de establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores.

No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice. Sin embargo, si se ceden todos los créditos puramente futuros y la relación jurídica global en el seno de la cual se otorgó la hipoteca flotante (de existir), debe entenderse trasladada la garantía real al cesionario a los efectos de la cobertura de nuevo crédito surgido entre el cesionario y el deudor.

16. La subrogación legal por pago de alguno o algunos de los créditos garantizados por la flotante (que son, necesariamente, créditos existentes) atribuye al nuevo acreedor el beneficio de la hipoteca flotante. Si se hubiera puesto fin a la indiferenciabilidad de la flotante al tiempo del pago, el *solvens* se subroga precisamente en la porción de la hipoteca que corresponde a la obligación que haya pagado. En presencia de la indiferenciabilidad de la flotante, por el contrario, será necesario reconocer derechos separados sobre la hipoteca a favor de *solvens* y de *accipiens* (como se explica más abajo).

Si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, el *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a los futuros que concierte tras la subrogación (salvo que en la escritura de constitución de la hipoteca, o por determinación del propietario –esto último, sólo en relación a los puramente futuros–, resulte que la facultad de extender nuevo crédito cubierto por la hipoteca corresponde sólo al *solvens* o a ambos).

Si la indiferenciabilidad de la flotante se mantiene al tiempo de la subrogación, la flotante inicial se fragmenta en estos casos en dos hipotecas o en dos porciones de la misma y única hipoteca flotante:

- (a') una en favor del *solvens* con responsabilidad hipotecaria igual al porcentaje de la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos existentes del *accipiens* al tiempo

de la subrogación; y

- (b') otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros del *accipiens*.

El crédito nuevo que, tras la subrogación, pueda extender el *accipiens* o el *solvens* al deudor quedará cubierto por la hipoteca separada o porción de la hipoteca flotante titularidad del acreditante de que se trate.

17. Cuando la subrogación se produce a instancias del deudor ante la negativa del acreedor hipotecario a conceder nuevo crédito o a ofrecer las condiciones económicas más favorables que otro acreedor ha comprometido y abarca la totalidad de los créditos en ese momento existentes, debe entenderse que la totalidad de la hipoteca, y el derecho a conceder crédito futuro cubierto por la garantía, pasan al *solvens*.
18. El pago sólo parcial de alguno, algunos o todos los créditos asegurados por la hipoteca flotante sólo atribuye al *solvens* derecho o porción sobre ésta a partir del momento en el que el *accipiens* haya visto íntegramente satisfecha su porción remanente en el crédito o créditos parcialmente pagados (y, en ese momento, la cuota o derecho del *solvens* en la hipoteca se determinará conforme a las reglas anteriores, pero por referencia al tiempo en el que se efectuó el pago parcial).
19. El pago hecho por el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de alguno, algunos o todos los créditos garantizados existentes, determina la extinción de la hipoteca en proporción a la relación entre los créditos o la porción de ellos satisfechos sobre el total de créditos existentes cubiertos por la hipoteca en ese momento (o en el importe satisfecho por el hipotecante no deudor o tercer poseedor, si fuera mayor) cuando la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria se mantenga. Si se ha puesto fin a la indiferenciabilidad, la hipoteca se extingue precisamente por la responsabilidad hipotecaria asignada a la obligación pagada. En ambos casos, salvo que dicha cancelación haya sido válidamente excluida por el *solvens*, o por aquél de quien el *solvens* traiga causa, ya al tiempo de la constitución de la hipoteca, ya con posterioridad.
20. Los derechos de subrogación en la hipoteca del tercer poseedor o del deudor previstos en el art. 118 LH y en los arts. 230 a 232 del RH no podrán ejercitarse

en tanto que el acreedor hipotecario ostente crédito garantizado en la hipoteca o interés en el otorgamiento de crédito futuro llamado a quedar cubierto por la hipoteca.

21. Ya desde la constitución de la hipoteca, ya a consecuencia de cualquier negocio jurídico traslativo de la titularidad de todo o parte de alguno, algunos o todos los créditos garantizados, la titularidad de la flotante puede corresponder a una pluralidad de personas.

Cuando concurren varios acreedores solidarios en todos los créditos asegurados por la flotante, cualquiera de ellos podrá ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.).

Si todos los créditos garantizados son en mano común, el ejercicio de los derechos y acciones hipotecarios corresponderá a todos los acreedores, actuando unánimemente.

En caso de parciariedad entre los acreedores, cuando cada uno de los acreedores ostenta el mismo porcentaje en cada uno de los créditos garantizados (aunque la cuota de un acreedor difiera de la de otro), la cuota de cada acreedor en los créditos se traslada a la hipoteca flotante, posibilitando la ejecución separada de cualquiera de los acreedores, subsistiendo la hipoteca o hipotecas de los restantes conforme a la regla del art. 227 RH. Si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro, la “indiferenciabilidad” de la flotante impide el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor, salvo en presencia de pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria de cada crédito. En los casos en los que sea imposible determinar la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, se aplicarían las reglas de la comunidad de bienes que impiden a cualquiera de los partícipes “*servirse de la cosa*” (es decir, ejecutar la hipoteca) en perjuicio del derecho de los restantes comuneros. Las conclusiones anteriores son extrapolables al caso de pluralidad de acreedores distintos de créditos asegurados por la hipoteca (es decir, cuando cada uno de los varios beneficiarios de la flotante es acreedor exclusivo de uno o más créditos garantizados y no exista, sobre todos o algunos de los créditos garantizados, cotitularidad alguna). Así, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos, existirá una relación de comunidad “pro indiviso” de los acreedores sobre la flotante, mientras que se podrá defender la

coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si es posible establecer la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca.

22. Las partes de una hipoteca flotante en garantía de diferentes obligaciones tienen plena y legítima motivación para articular la cotitularidad sobre el derecho de hipoteca de manera diversa a la titularidad o cotitularidad existente sobre los créditos garantizados. Pueden establecer así sobre la hipoteca una comunidad romana por cuotas (no necesariamente coincidentes con la proporción matemática que cada acreedor tenga sobre el sumatorio de los créditos garantizados) o germánica. En caso de que se haya establecido una comunidad germánica sobre la hipoteca, la regla de reparto interna entre los acreedores hipotecarios de las resultas de la ejecución de la hipoteca flotante sólo les afecta a ellos (asumido que la hipoteca flotante en bloque, y por el total de la responsabilidad hipotecaria, responde ante el incumplimiento de cualquiera, cualesquiera o todos los créditos garantizados). Los terceros no se ven perjudicados por esta indeterminación, ni les protegería en mayor medida la constancia de las cuotas de reparto internas, pues sólo tienen interés en conocer la responsabilidad hipotecaria máxima de la que responde cada activo.
23. Se puede válidamente constituir una cotitularidad romana sobre una hipoteca flotante a favor de varios acreedores en la que las cuotas de cada uno de ellos varíen, a lo largo de la vida de la hipoteca, ajustándose estrechamente a las vicisitudes de las obligaciones garantizadas, siempre que se haga por referencia a datos objetivos (nominales de las obligaciones, amortizaciones efectuadas, momentos en los que nacen o se amortizan las obligaciones, relación entre la deuda y el valor de las fincas, etc.), que no queden al arbitrio o discrecionalidad de las partes ni exijan, para su concreción, nuevas convenciones entre ellas y que, además, sean “redondos” (en el sentido de que tienen que permitir estimar en toda situación la cuota y cuotas de los acreedores, sin conducir a resultados absurdos, por ejemplo, porque la suma de las cuotas de los acreedores sea distinta de la unidad).
24. Ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor ejercitar la acción hipotecaria para dirigirse frente al bien. Podrá acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria o hipotecaria (en este último caso sólo si se da cumplimiento en la escritura de constitución a lo previsto en el art. 682

LEC) siempre que las obligaciones garantizadas por las que proceda consten en el registro o, en otro caso, resulten de título a los que la ley atribuye efectos ejecutivos.

25. Si la obligación u obligaciones por las que se pide la ejecución de la flotante está determinada registralmente (en existencia y cuantía) bien porque se trate de obligaciones presentes al tiempo de constitución de la hipoteca flotante o porque, siendo futuras o resultantes de “*actos jurídicos básicos*” sólo generalmente descritos en la constitución, se ha hecho constar su nacimiento en el registro mediante la nota marginal del art. 143 LH, entonces no debe ponerse reparo alguno a la ejecución de la flotante a través del procedimiento extrajudicial, incluso aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no vencidas (y que, en consecuencia, no justifiquen la ejecución) no esté(n) aún determinada(s) registralmente.
26. La escritura de constitución de la hipoteca flotante debe determinar “*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*”, dejando a las partes plena libertad al respecto. Se permite atribuir al acreedor bancario la facultad de liquidar la deuda a efectos de la ejecución.
27. En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante, será preciso acreditar dichos extremos, sea a través de la nota marginal del art. 143 LH, sea mediante la integración extrarregistral de la hipoteca a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al art. 517 LEC.
28. Debe admitirse la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de los créditos garantizados, manteniéndose la flotante para asegurar los restantes, siempre que conste la distribución de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada crédito garantizado.

Es válido e inscribible el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados contenido en la escritura de hipoteca, al objeto de permitir la ejecución parcial con subsistencia de la carga. Puede también apoderarse al acreedor en la escritura constitutiva de la flotante para que distribuya la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas para viabilizar así la ejecución parcial (con permanencia de la hipoteca), con el condicionante en

todo caso de no incrementar la responsabilidad hipotecaria total.

Incluso en defecto de distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas, de pacto expreso en la escritura de constitución con los criterios que debe seguirse para el reparto al tiempo de la ejecución precisamente para permitir la ejecución parcial, y de apoderamiento expreso al acreedor para ello en la escritura de constitución, entiendo admisible la ejecución parcial de la flotante con subsistencia del gravamen.

Las partes pueden prohibir la ejecución parcial de la flotante.

29. Se admite la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación por parte del propietario, conforme al art. 82 LH, de la extinción de todas las obligaciones garantizadas (presentes o simplemente futuras), sin que sea obstáculo para ello que la hipoteca cubra créditos puramente futuros, incluso aunque el acreedor mantenga aún interés en la extensión de crédito futuro llamado a quedar cubierto, siempre que la generación de ese crédito futuro dependa, entre otros, del consentimiento del deudor, que excluya irrevocablemente.
30. Es válida la convención incluida en la escritura de hipoteca por la se permita la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.
31. Si en algún momento se ha puesto fin a la situación de indiferenciabilidad de la hipoteca flotante mediante la asignación de porciones de la responsabilidad hipotecaria a cada una de las obligaciones, el pago, la condonación o cualquier otro acto o negocio que comporte la extinción de alguna de las deudas garantizadas conlleva la cancelación parcial correspondiente de la hipoteca flotante (pudiendo el propietario demandar al acreedor conforme al art. 82 LH para el caso de que éste no se avenga voluntariamente a la cancelación). Sin embargo, si se mantiene la indiferenciabilidad, la extinción de alguna de las obligaciones no tiene efecto alguno sobre la hipoteca flotante o global.
32. Los acreedores flotantes son invulnerables a la extensión coactiva de la espera pactada en un acuerdo de refinanciación entre un deudor y la mayoría de sus

acreedores financieros en relación con los créditos incluidos en la cobertura hipotecaria, incluso aunque se satisfagan los requisitos para la aprobación de una homologación judicial del acuerdo de refinanciación conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

33. No obstante, en el caso de que en el seno de tal homologación, se interese por el deudor, y se sancione, la paralización de ejecuciones singulares, el acreedor flotante disidente sólo podrá ejercer, en caso de incumplimiento, la acción real para dirigirse frente a los bienes hipotecados, viéndose privado, en tanto se mantenga la paralización, de su acción personal para dirigirse frente a cualesquiera otros bienes del deudor. Para el caso de que sea posible, si el acreedor flotante ejecuta parcialmente la hipoteca en tanto se mantienen los efectos de una homologación judicial, el crédito remanente tras la ejecución se verá sobrevenidamente afectado por la espera pactada.
34. También es inmune el acreedor flotante a las quitas, esperas o cesiones solutorias de bienes acordadas en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos aprobado conforme a lo previsto en el Título X de la Ley Concursal (a menos que se haya adherido voluntariamente al mismo).
35. Los créditos cubiertos por una hipoteca flotante no están afectados por la remisión de deuda que pueda sobrevenir en el concurso del deudor persona física, ya en el concurso consecutivo que se haya podido abrir con ocasión de la frustración o incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos, ya en el caso general de concurso con liquidación de la masa activa. Sancionada la remisión de los créditos concursales, ésta sólo operará respecto del crédito cubierto con una hipoteca flotante cuando, tras la ejecución, quede crédito remanente (en caso de que quede crédito remanente). Hasta ese momento, el acreedor flotante tendrá derecho a agredir tanto los bienes hipotecados (sobre esto no existe duda alguna), como aquéllos que posea o adquiera el deudor tras el cierre del concurso.
36. En caso de concurso del deudor flotante, puesto que los créditos cubiertos por una garantía flotante o global puede nacer en diferentes momentos y tener distinta naturaleza, algunos podrán ser concursales y otros contra la masa. Habrá que clasificar cada uno de los créditos garantizados que tengan la consideración de concursales (sin presuponer, necesariamente, que todos ellos serán créditos con privilegio especial).

37. Sin perjuicio de lo anterior, la integración en la cláusula de globalización de un crédito concursal comportará, de ordinario, su reconocimiento como privilegiado especial. La circunstancia de que el crédito sea futuro al tiempo de la constitución de la hipoteca no perjudica en modo alguno tal carácter. Si la integración en la cobertura de un crédito concursal se produce, sin embargo, una vez aprobados los textos definitivos (por ejemplo, por cesión del crédito al acreedor flotante), no se podrá alterar la clasificación atribuida en los textos definitivos a dicho crédito, salvo que resulte de aplicación el art. 97 LC. Fuera de los casos en los que ese art. 97 LC sea de aplicación y permitiera alterar la clasificación del crédito, aunque civilmente pase a beneficiarse dicho crédito de la hipoteca, el bien no se considerará, sólo por esa circunstancia, afecto a créditos por privilegio especial y de ahí que estará plenamente disponible (siempre que no sirviera para cubrir otros créditos sí reconocidos como privilegiados especiales) para atender créditos contra la masa y, una vez satisfechos, los créditos con privilegio general, los ordinarios y los subordinados, por su orden.
38. El hecho de que una hipoteca flotante o global pueda servir para garantizar créditos surgidos tiempo después de su constitución determinará, en muchos casos, que la constitución de la hipoteca quede más allá del periodo sospechoso de dos años desde la declaración de concurso en el que cabe el ejercicio de las rescisorias concursales y de ahí que, incluso aunque la constitución de la hipoteca no sea contextual al nacimiento del crédito, el acto de constitución de la hipoteca no sea atacable.

Ello no obstante, cuando la integración de un crédito en la cláusula de globalización en una flotante constituida más allá del periodo sospecho sobrevenga dentro del periodo sospechoso y, además, la extensión de la cobertura hipotecaria sea posterior al nacimiento del crédito (por ejemplo, en caso de cesión de crédito previamente no garantizado al acreedor flotante), dicha extensión de la hipoteca al crédito podrá ser atacada mediante las acciones rescisorias concursales siempre que se acredite el perjuicio para la masa activa (para lo que habrá de atenderse al momento en el que se produce la integración en la cobertura real). Satisfecho el juicio sobre el carácter perjudicial, si la hipoteca flotante no se encuentra en situación de indiferenciabilidad, el juez ordenará la cancelación parcial de la hipoteca flotante en la parte de la responsabilidad hipotecaria

asignada al crédito en cuestión, mientras que si existe indiferenciabilidad en la hipoteca, el juez ordenará la exclusión del crédito de la garantía (manteniéndose la hipoteca para aseguramiento de los restantes créditos garantizados). Por el contrario, cuando el crédito se integra en la cobertura hipotecaria desde su nacimiento, en el mismo momento de su nacimiento, no habrá razón para aplicar al supuesto las presunciones concursales sobre perjuicio en relación a las garantías reales no contextuales.

39. Los préstamos y créditos cubiertos por una hipoteca flotante o una hipoteca global “bancaria” son susceptible de movilización mediante la emisión de títulos hipotecarios (cédulas, bonos, participaciones hipotecarias), con tal de que, ya al tiempo de la constitución de la hipoteca, ya posteriormente por pacto o determinación unilateral del acreedor, se haya individualizado la porción de la responsabilidad hipotecaria del crédito o créditos que el acreedor pretende titular de forma que se dé cumplimiento de las exigencias de solidez de la garantía hipotecaria (en términos de *loan-to-value*) que impone la normativa de regulación del mercado hipotecario. También podrán movilizarse mediante la emisión de certificados de transmisión de hipoteca. La falta de constancia registral del crédito no supone obstáculo para ello si bien, en todo caso, el crédito ha debido de ser asentado en los registros contables especiales llevados por el acreedor flotante.
40. Cabe la constitución de hipotecas mobiliarias flotantes y prendas sin desplazamiento flotantes, en las mismas circunstancias y con los mismos requisitos objetivos y subjetivos analizados respecto de las hipotecas inmobiliarias flotantes.

2. **Mi propuesta de lege ferenda**

Es la siguiente:

«Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, en garantía de uno o más créditos de esa naturaleza, presentes y/o futuros, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: la denominación de las obligaciones garantizadas y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (pudiendo abarcar la totalidad de las obligaciones que surjan entre acreedor y deudor de cualquier clase, o de la clase o tipo indicados); la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado o de la cantidad líquida por la que se proceda.

Aunque la indiferenciabilidad de la responsabilidad máxima hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas es un rasgo natural de esta hipoteca, podrá el acreedor en cualquier momento determinar unilateralmente qué porción de la responsabilidad máxima hipotecaria asegura cada crédito o tipo de crédito existente o llamado a quedar cubierto por la hipoteca, salvo que tal se haya prohibido en la escritura de constitución o se haya sujetado a reglas, plazos o condiciones. Establecido un desglose de la responsabilidad hipotecaria, su modificación quedará sujeta a los principios hipotecarios.

Las partes podrán hacer constar en el registro, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca, el surgimiento de cualquiera de las obligaciones futuras llamadas a quedar cubiertas por la hipoteca conforme a lo previsto en el artículo 143 de la Ley Hipotecaria, si bien no estarán obligados a ello como requisito para el ejercicio de las acciones del acreedor.

La cesión por el acreedor hipotecario de alguno o algunos de los créditos garantizados conlleva -salvo que el cedente lo excluya- la correspondiente extensión al cesionario del beneficio de la hipoteca, con el ámbito que el cedente determine dentro de la responsabilidad máxima hipotecaria, y con pleno respeto, en todo caso, a lo que al efecto pudiera haberse establecido en la escritura de hipoteca (y la co-titularidad en la hipoteca entre cedente y cesionario que de ello resulte se ajustará a lo determinado por el cedente o en la escritura de hipoteca). Para el caso de que la hipoteca abarque crédito futuro, el derecho a cubrir con la

hipoteca aquél que se concierte desde ese momento corresponderá al cedente, al cesionario o a ambos, conforme a lo que la escritura de constitución de la hipoteca establezca (y, en su defecto, a la determinación del cedente al tiempo de la cesión). En tales casos, el crédito nuevo quedará cubierto por la porción de la hipoteca correspondiente al respectivo acreedor. La cesión a un tercero de todos los créditos existentes, traslada al cesionario la hipoteca (salvo que se excluya por el cedente, o se la reserve total o parcialmente para la cobertura de crédito futuro de la naturaleza indicada en la escritura de constitución de la hipoteca).

En los casos previstos en las leyes, la subrogación de un tercero en la totalidad de alguno o algunos de los créditos garantizados existentes (tanto los presentes, como los simplemente futuros), manteniéndose otros créditos garantizados (presentes y/o simple o puramente futuros) bajo titularidad del acreedor, determina una cotitularidad en la hipoteca del solvens (en proporción a la relación entre los créditos o la porción de ellos en los que se subrogue y el total de créditos existentes cubiertos por la hipoteca) y del accipiens (por el resto) si la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria se mantiene o en las porciones que corresponda en otro caso. Para el caso de que la hipoteca abarque crédito futuro, el derecho a cubrir con la hipoteca a aquél que se concierte desde ese momento corresponderá al accipiens, al solvens o a ambos, conforme a lo que la escritura de constitución de la hipoteca establezca (y, en ausencia de determinación, a ambos). En tales casos, el crédito nuevo quedará cubierto por la porción de la hipoteca correspondiente al respectivo acreedor. Conforme a lo previsto en el art. 1.213 CC, el pago sólo parcial de alguno, algunos o todos los créditos asegurados por la hipoteca sólo atribuye al solvens derecho o porción sobre ésta a partir del momento en el que el accipiens haya visto íntegramente satisfecha su porción remanente en el crédito o créditos parcialmente pagados. La cuota o derecho en la hipoteca del solvens se determinará conforme a las reglas anteriores, pero por referencia al momento en el que se efectuó el pago parcial. Finalmente, el pago hecho por el hipotecante no deudor o el tercer poseedor conforme a lo previsto en el artículo 1.210.3º del Código Civil de alguno, algunos o todos los créditos garantizados existentes (tanto los presentes, como los simplemente futuros), determina la extinción de la hipoteca en proporción a la relación entre los créditos o la porción de ellos satisfechos sobre

el total de créditos existentes cubiertos por la hipoteca en ese momento –o en el importe satisfecho por el acreedor o tercer poseedor, si fuera mayor– cuando la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria se mantenga o en las porciones que corresponda en otro caso. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de renuncia por el interesado en la cancelación.

Los derechos de subrogación en la hipoteca del tercer poseedor o el deudor previstos en los artículos 230, 231 y 232 del Reglamento Hipotecario no podrán ejercitarse en tanto que el acreedor hipotecario ostente crédito garantizado o interés en el otorgamiento de crédito futuro llamado a quedar cubierto por la hipoteca.

Aun cuando no haya concluido aún el plazo de la hipoteca fijado en la escritura de constitución, podrá el deudor exigir la cancelación de la hipoteca cuando se hayan amortizado todas las obligaciones garantizadas y el surgimiento de nuevo crédito susceptible de quedar cubierto por la garantía dependa de la prestación de consentimiento por su parte, que excluya de forma irrevocable.

También podrá, en tales casos, hacer uso del expediente de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación y subrogación de préstamos hipotecarios (si el acreedor reúne la condición subjetiva indicada en el apartado a) anterior) al objeto de subrogar a un tercero en un nuevo crédito derivado de los actos jurídicos básicos identificados en la escritura y en el derecho a concertarlos a futuro, sustituyendo en tal caso al entonces acreedor hipotecario en la titularidad de la hipoteca. En ningún caso será posible hacer la subrogación cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

La hipoteca aquí prevista puede favorecer a varios acreedores, ya al tiempo de la constitución, ya a consecuencia de la cesión o subrogación de los créditos garantizados, definiéndose los derechos de los co-titulares en relación con la hipoteca por referencia a la co-titularidad que ostenten sobre los créditos garantizados (cuando sea única e igual en todos los créditos garantizados para cada uno de los acreedores), por el pacto de las partes en la escritura de constitución o por la determinación unilateral del acreedor o acreedores.

Podrán cubrirse con la hipoteca aquí prevista créditos que ya gocen de garantía

hipotecaria sobre otros bienes y a la inversa, sin necesidad de distribuir dichos créditos entre las hipotecas. Para el caso de que los bienes gravados por cada hipoteca pertenezcan a distintos titulares, será preciso el consentimiento de todos los dueños para liberar cualquiera de las fincas solidariamente responsables, salvo que dicho consentimiento se haya excepcionado respecto de cada una de las hipotecas. El pago hecho por cualquiera de los dueños de las fincas solidariamente responsables le atribuye acción para dirigirse hipotecariamente contra las demás, en la proporción que resulte de dividir la responsabilidad hipotecaria de cada finca por la de todas ellas, excepto cuando tal acción se haya excluido en todas las hipotecas o se haya establecido con base a otras reglas en todas las hipotecas (y, en caso de disparidad entre ellas, se aplicará lo aquí dispuesto).

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento ordinario o anticipado de cualquiera de las obligaciones garantizadas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La escritura de constitución de la hipoteca podrá prever la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca, con subsistencia de la misma respecto de las restantes obligación u obligaciones garantizadas por las que no se proceda. Si hubiera habido distribución de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, se mantendrá la hipoteca en garantía de los no ejecutados con carácter preferente, subrogándose en la responsabilidad, hasta el importe que les fue asignado en la distribución, el adquirente de la finca en subasta. Si no hubiera habido distribución, la responsabilidad hipotecaria por la que se proceda y la que corresponda a la hipoteca remanente se determinarán conforme a las reglas establecidas en la escritura de hipoteca o, a falta de otra indicación, por determinación unilateral del acreedor hipotecario, en ambos casos sin que la suma de una y otra exceda de la responsabilidad máxima hipotecaria en ese momento existente. Las indicadas reducciones se harán constar por nota marginal».

ABSTRACT

1. Main features of an omnibus mortgage

Article 153 bis of the Mortgage Law was introduced in a deep reform of the Spanish mortgage legislation back in 2007, by means of Law 41/2007, dated 7 December. It enables the creation of an *in rem* security interest on real estate and similar rights and assets (hereinafter, “omnibus mortgage” or “floating mortgage”) for the security of one or more obligations, whether existing at the time of the granting of the mortgage deed or arising thereafter, even from brand new contracts or transactions which neither of the parties to the mortgage are bound to implement as of the time of the granting of the mortgage.

The secured obligations may arise from different acts or transactions, even if lacking a common ground. There is no need for the secured obligations to be novated or commingled into one single obligation, although the parties are free to agree so. The acts or transactions from which the secured obligations arise or will arise need to be described in the mortgage deed (even in vague terms, but dragnet clauses are not admitted).

The secured amount (*responsabilidad máxima hipotecaria*) needs not to be broken down amongst the secured obligations, though the parties may agree otherwise. The mortgagee is entitled to break down the secured amount into the various secured obligations at any time.

The mortgage deed is due to include the mortgage term (there is no need to fix the term in which the secure obligations will crystallise or the term of the obligations themselves), the manner in which the due amount shall be determined and the maximum secured amount.

The mortgagee may at all times reduce the mortgage term (without the need of consent from the debtor, the mortgagor, the subsequent owner of the lower-ranking creditors), except if the mortgage deed or the security agreement provide otherwise. The extension of the mortgage term needs to be accepted by the mortgagor, the subsequent owner or the lower-ranking creditors. The mortgagee may enforce the mortgage upon either of the secured obligations default even when the mortgage term has not yet ended.

2. Parties to an omnibus mortgage.

Omnibus mortgages are only allowed for the benefit of financial entities, the Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., or the tax and social security administrations. Omnibus mortgages may be created by any individual or legal person for the security of any individual's or legal person's obligations.

Omnibus mortgages may also be created for the benefit of the tax or social security authorities for the security of tax or social security obligations only, provided that they exist at the time the omnibus mortgage is executed.

In contract with consumers, the omnibus creditor is bound to comply with all consumer lending rules and requirements each time a new secured obligation is contracted.

In light of the terms and conditions for any prospective transaction aimed to be secured by the omnibus mortgage which are offered by the creditor to the consumer, the latter may (i) enter into the transaction in the offered terms; (ii) enter into any other mortgage-backed loan with a different creditor (which will rank after the omnibus mortgage); (iii) redeem the omnibus mortgage (provided that there is no secured obligation at the time and that any obligation which may thereafter become secured by the mortgage depends on the consent of the consumer, which he/she irrevocably refuses; or (iv) redeem the mortgage by having it assigned to a new creditor (either with the mortgagee's cooperation or otherwise under the compulsory subrogation mechanism set out in Law 2/1994 or the Civil Code).

3. Secured obligations under an omnibus mortgage

The omnibus mortgage may secure future obligations (either the specific ones identified in the mortgage deed, or those resulting from the acts or transaction types described therein), without the need to fix a cap for the future credits.

New loans advanced to the borrower for the refinancing of existing loans may also be secured by an omnibus mortgage without the tax and legal constraints that this same transaction would have when the existing loan is secured by an ordinary mortgage, as the owner, the mortgagor and the lower-ranking creditors would have no legal ground to object, disregard or otherwise interfere the extension of the omnibus mortgage to the new loan.

The omnibus mortgage may secure existing loans to the borrower advanced by third parties when assigned to (or novated by) the omnibus mortgagee (provided that they are consistent with the object of the omnibus mortgage and further provided that this source of secured obligations is expressly admitted in the mortgage deed).

An omnibus mortgage may secure credits which may be due in the future and which will arise from future contracts existing at the time the mortgage deed is executed, credits which will derive from contracts still to be signed at the time of the mortgage deed, due and payable obligations at the time of the deed, etc.

Enforcement is available even if the existence or the amount of the defaulted secured obligations have not been recorded at the property registry. If and to the extent that the secured obligations have not been recorded in the property registry, however, property registry protection rules will only be applicable in respect of the omnibus mortgage itself and not the unrecorded secured obligations.

4. Omnibus mortgages created for the security of obligations of persons other than the owner's (a mortgagor).

Omnibus mortgages may be created for the security of obligations of persons other than the owner's.

If the secured amount has been broken down amongst the secured obligations (and unless otherwise agreed in the mortgage deed):

- (a') any time deferral granted by the creditor to the borrower in respect of all secured obligations will extinguish the omnibus mortgage, if such deferral has not been consented by the mortgagor;
- (b') if the time deferral is granted in respect of any or some, but not all, of the secured obligations without the mortgagor's consent, the mortgage shall be extinguished in the secured amount corresponding to the deferred obligations.

Debt remittance or any actions by the mortgagee which prejudice the owner's recourse against the borrower in case of payment by the owner in respect of all or part of the secured obligations will also have total or partial extinction effects on the omnibus mortgage (as described below).

Conversely, if the secured amount has not been broken down amongst the secured obligations, debt remittance, time deferral or any mortgagee's actions prejudicing the owner's recourse against the borrower in case of payment will not impact the

omnibus mortgage (though the affected credit will no longer be secured by the omnibus mortgage).

Payment by the mortgagor of any secured obligations will totally or partially extinguish the mortgage (as disclosed below).

The mortgagee is not under any legal obligation to keep the mortgagor informed of any new transaction entered into with the borrower which will be secured by the omnibus mortgage, or any other matter regarding the secured credits.

5. Cancellation of an omnibus mortgage

The debtor is at any time entitled to cancel an omnibus mortgage which is intended for the security of future obligations by irrevocably refusing to enter into the transactions which would give rise to any such future obligations (provided that there are not existing secured credits at the time and further provided that no new credits may thereafter), even if not expressly contemplated in the deed.

6. Cross-collateralised mortgages

Though cross-collateralised mortgages are generally rejected in Spain, omnibus mortgages may secure obligations already secured under a different mortgage (or *vice versa*) without the need to break down the secured credits into the various mortgages.

7. Assignment

The mortgagee may totally or partially assign all or part of the existing or future secured obligations.

If the secured amount has been broken down amongst the various secured obligations, the assignment of either of them will transfer the corresponding portion of the mortgage to the assignee, unless otherwise ruled out by the mortgagee at the time of assignment (in which case, the mortgage will be extinguished in the portion related to the assigned credit).

By the contrary, when the secured amount has not been broken down, the assignment of any or some of the secured credits without the mortgage will not extinguish it.

The mortgagee is entitled to unilaterally break down the secured amount amongst the secured credit(s) that is/are to be assigned to a third party and those remaining due to the mortgagee, without the need of consents by the borrower, the mortgagor, the owner or the lower-ranking creditors.

The omnibus mortgage cannot be assigned separate from the existing or future

secured obligations.

8. Subrogation by provision of law

As a matter of principle, legal subrogation on the grounds of payment by someone other than the borrower will extend the benefit of the omnibus mortgage to the payor (*solvens*). If the secured amount has been broken down amongst the various secured obligations, the *solvens* will be subrogated into the portion of the omnibus mortgage securing the obligation which he has discharged. Otherwise, the *solvens* and the creditor (*accipiens*) will both be entitled to the mortgage (as disclosed below).

If the omnibus mortgage was intended to secure existing and future credits, the *accipiens* will continue to be entitled to extend the mortgage to any new credits advanced after the subrogation to the debtor (unless the mortgage deed provides that it may only be advanced by the *solvens* or both and unless the borrower's determination in respect thereof).

The *solvens's* security should not be diminished or impaired as a result of any new transaction thereafter entered into by the *accipiens* and the borrower. Likewise, neither the *accipiens*, nor the *solvens* should be allowed to enforce the omnibus mortgage to the detriment of the other creditor. Hence, when legal subrogation applies, the omnibus mortgage should be regarded as divided into two mortgages or two portions of the same mortgage, as follows:

- (a') one for the benefit of the *solvens* with a secured amount equal to the percentage of the initial secured amount which the subrogated credits represent over all of the existing secured credits at the time of the legal subrogation; and
- (b') another one for the benefit of the *accipiens*, for a secured amount being the difference of the secured amount in the *solvens's* mortgage to the initial secured amount.

Any new credit which, following the legal subrogation, either of the *accipiens* or the *solvens* may advance to the borrower will be secured by the relevant creditor's mortgage or portion of the mortgage.

If and when the borrower sponsors the subrogation of a creditor into all of the existing secured credits as a result of, or in connection with, the mortgagee's refusal to advance new credits or to match the better conditions irrevocably offered by another creditor to the borrower, the entire omnibus mortgage (and the

right to advance new credit secured by the mortgage) are deemed to be transferred to the *solvens*.

Payment of a portion only of any of the secured obligations will only make the payor entitled to a portion of the mortgage if and when the remaining portion of the credit has been satisfied to the creditor. The payor's quota in, or right to, the omnibus mortgage shall be calculated in accordance with the previous criteria by reference to the situation prevailing at the time such a partial payment was made.

If the secured amount has been broken down into the various secured obligations, payment by the mortgagor or any subsequent owner of some or all of the secured credits will extinguish the omnibus mortgage in the secured amount corresponding to the discharged credit. If the secured amount has not been broken down into the various secured obligations, the mortgage will be extinguished *pro rata* to the ratio which the discharged obligations represent over all existing secured obligations at the time or in the amount actually paid by the mortgagor or subsequent owner, if larger. In either case, total or partial extinction will apply unless otherwise accepted by the payor (or by the predecessors in title of the payor).

9. Various creditors in the same omnibus mortgage

The omnibus mortgage may benefit various mortgagees, either from the time the mortgage deed was executed or as a result of any subsequent transaction affecting all or part of the secured credits.

If all of the creditors are joint and several creditors (*acreedores solidarios*) in respect of all secured credits, either of them may separately exercise any and all mortgagee's rights and remedies.

If all secured credits are collective (*en mano común*), mortgagee's rights and remedies will be exercised by all of the secured credits, acting together.

If each of the creditors is entitled to the same share or quota in each single secured credit (even if different from the share or quota of the remaining creditors), each creditor will have a share in the mortgage equal to its respective share in the secured credits. Either of the creditors will be entitled to enforce its portion of the mortgage (separately from the other creditors), the other creditors' portions in the mortgage surviving enforcement. Conversely, if one of the creditors has different shares in the various secured credits, it is impossible to attribute a portion of the mortgage to each secured creditor in the absence of agreement (and none of the

secured creditors will be entitled to foreclose the mortgage in a manner detrimental to the remaining creditors whilst this agreement is not reached). The same will apply when the various secured credits pertain to different creditors.

The parties to an omnibus mortgage for security of different credits are entitled to agree co-ownership arrangements on the mortgage different from the ownership or co-ownership arrangements applying to the secured obligations. They may agree a co-ownership structure on the mortgage, each creditor's share or quota being freely agreed by the parties (whether or not proportional to each creditor's mathematical share in the sum of all secured credits) They may also agree a collective structure (*en mano común*).

When various creditors are entitled to an omnibus mortgage, variable or index-tracking shares in the mortgage should be admitted, provided that the criteria based upon which each creditor's share is calculated (at any time and from time to time) are (i) objective (e.g., based on the amounts due, repaid or prepaid amounts, loan-to-value ratios, etc.); (ii) not depending on the discretionary will of either of the parties and (iii) not depending on new consent by either of the parties and, further provided that (iv) such criteria are consistently defined and applied.

10. Enforcement

Upon any secured credit default, the mortgagee will be entitled to foreclose the mortgage under an ordinary or mortgage-specific foreclosure proceeding provided that the secured obligations are recorded at the property registry or, otherwise, if the defaulted credit is evidenced in any of the documents eligible for foreclosure proceedings under applicable procedural rules (e.g., notarial public deeds, promissory notes, etc.).

Notarial foreclosure proceeding (sale of the deed in a public auction administered by a notary in *lieu* of a judge) will also be available when the defaulted secured obligations and the amount thereof have been recorded at the property registry, either at the time of registration of the mortgage deed or thereafter.

The mortgage deed needs to fix the way the amount due and secured by the mortgage. The right to calculate the due amount may be vested upon the mortgagee.

An omnibus mortgage may be partially enforced upon any or some (but not all) of the secured credits default, the mortgage surviving enforcement (obviously, in a reduced amount) for the security of the remaining secured credits, provided that

the secured amount has been broken down into the various secured credits.

The secured amount may also be broken down into the various secured credits in the manner, or in accordance with the criteria, set out in the mortgage deed so as to enable partial enforcement of the mortgage (the mortgage will hence be enforced up to the portion of the secured amount attributed to the defaulted credit, and will remain in place in the remaining secured amount). The creditor may also be empowered to make such a break down to enable partial enforcement.

11. Cancellation

The omnibus mortgage may be cancelled at the request of the debtor in case of extinction or discharge of all of the existing secured obligations, even if the mortgage is to secure future credits arising of future contracts to be entered into between the debtor and the creditor and even if the mortgagee continues to have an interest in extending such future credits to the debtor, provided that the arising of any such future credit is utterly dependent on the granting of consent by the debtor, which it irrevocably excludes.

12. Insolvency

In the event of insolvency of the debtor, given that the secured credits may arise in different dates, have different legal grounds and separate contractual regimes, some of them may be classified as credits subject to the insolvency proceedings (*créditos consursales*) and some other be considered as insolvency deductible credits (*créditos contra la masa*). Secured credits will not necessarily be considered especially privileged secured credits (*créditos con privilegio especial*), but this is the most common outcome.

The fact that a credit has become secured by the omnibus mortgage after the date of the mortgage deed will not prejudice its insolvency ranking or its mortgage-backed condition (even if it has become secured after the insolvency declaration). However, if the credit has become secured once the creditors' list (*lista de acreedores*) and the inventory (*inventario*) have been definitively approved, the ranking attributed to such a credit in the approved creditors' list as generally privileged credit (*crédito con privilegio general*), ordinary credit (*crédito ordinario*) or subordinated credit (*crédito subordinado*) will not be varied, unless art. 97 of the Insolvency Act applies. If the ranking attributed to the credit which becomes secured after the final approval of the creditors' list is maintained, the

mortgaged asset will become available for the discharge of all other deductible credits or insolvency credits (as per the ranking), unless it also secures any other credit ranked as especially privileged secured credits.

When the extension of an omnibus mortgage created prior to the two years preceding the insolvency declaration (the “claw-back period”) occurs within the claw back period and the credit existed prior to becoming secured by the mortgage (e.g., in the case of an assignment of an unsecured credit to the mortgagee), the mortgage coverage in respect of such a credit may be challenged by the receivers provided that it is evidenced to be detrimental to the insolvent estate. If so evidenced, the judge will cancel the mortgage in respect of the portion of the secured amount corresponding to the relevant credit if the secured amount has been broken down into the various secured credits. Otherwise (i.e., if the secured amount has not been broken down into the various secured credits), the credit will be expelled from the mortgage coverage by the judge (the omnibus mortgage remaining in place for the security of any other secured credits).

13. Securitisation

Credits secured by an omnibus mortgage for the benefit of financial entities are generally eligible for securitisation provided that, either at the time of the mortgage deed or later (and, in the latter case, either as a result of the parties’ agreement or the mortgagee’s unilateral determination), the secured amount corresponding to any credit which is intended to be securitised has been determined and further provided that loan-to-value thresholds and all other legal requirements for such a securitisation are fulfilled. The fact that the credit has not been recorded at the property registry will not prevent securitisation if the securitised credit has been properly recorded in the special registry which the issuer is bound to keep.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: “Comentario a los artículos 11 y 13 de la LCGC” en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Ed. Tecnos, 1999, pp. 107-117.

ACHÓN BRUÑÉN, María José: “Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria”, *La Ley*, n.º 7966, de 16 de noviembre de 2012, 11 pp.

ADAN DOMENECH, Frederic: *La ejecución hipotecaria*, Barcelona: Ed. Bosch, 2008, 552 pp.

AGUADO, Crescenciano: *Legislación Notarial*, Madrid: Ed. Reus, 1930, 303 pp.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, tomo I, Madrid: Ed. Edisofer, 2009 (18.^a ed.), 875 pp.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III (*Derecho de bienes*), Madrid: Edisofer, 2010 (11.^a ed.), 971 pp.

ALBIÑANA CILVETI, Ignacio: “La cesión de créditos hipotecarios. Régimen jurídico, obstáculos y soluciones”, *Actualidad Jurídica UM*, n.º 23, 2009, pp. 85-91.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *RDBB* n.º 67, julio-septiembre 1997, pp. 839-904.

ALONSO HERNÁNDEZ, Angel y CAMACHO ARTACHO, Teresa: “La acción rescisoria concursal. El caso Martinsa-Fadesa”, en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2012 de los grandes despachos*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012, pp. 757-780.

ALONSO LEDESMA, Carmen: “Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 41-55.

ALONSO LEDESMA, Carmen: “La clasificación de los créditos en el concurso” en AA. VV.: *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid: Ed. Dílex, 2002, pp. 177-206.

ALONSO LEDESMA, Carmen: “Refinanciación y reestructuración: la posición de las

entidades de crédito”, ponencia en las XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado sobre *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, 23 y 24 de noviembre de 2011.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La titularidad de la hipoteca flotante”, *RDBB* n.º 126, abril-junio 2012, pp. 249-272.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derechos Reales*, tomo II (*Los Derechos Reales Limitados*), Madrid: Civitas, 1987, 221 pp.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: “La cesión de los créditos hipotecarios”, *Estudios Jurídicos*, tomo I (*Derecho inmobiliario y publicidad registral*), Madrid: Colegio de Registradores de España, 2009, pp. 767-801.

ANCEL, Pascal: *Droit des sûretés*, París: Lexisnexus, 2011 (6.ª ed.), 251 pp.

ANDERSON, Miriam: *La cesión de créditos hipotecarios*, Barcelona: CEDECS, 1999, 208 pp.

ANDERSON, Miriam; “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: Una réplica”, *La Ley* n.º 5606, 6 de septiembre de 2002, pp. 1.651 y ss.

ANGUITA RÍOS, Rosa María: *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Colección Monografías de Derecho Civil, IV, Propiedad y Derechos Reales, Madrid: Dykinson, 2006, 524 pp.

ANSAULT, Jean-Jacques: “Instruction de la DGI: des précisions en matière de publicité foncière sur l’hypothèque rechargeable (Instr. DGI, n.º 197, 1er déc. 2006)”, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007, n.º 34.

ANTÓN GUIJARRO, Javier: “El crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria en el concurso”, AA. VV.: *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, tomo II, pp. 97-150.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La “hipoteca global”: valoración y crítica. Estudio de la obligación garantizada, su singularidad o pluralidad y su determinación*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2004, 167 pp.

ARNAIZ RAMOS, Rafael: “Análisis del Proyecto de Ley de Regulación del Mercado Hipotecario” [en línea] <<http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2007/03>>

[consulta: 20 de noviembre de 2010].

ARNAU REVENTÓS, Lidia: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Barcelona: Cedesc, 2000, 279 pp.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto: *Derecho concursal. El concurso tras la reforma operada por la Ley 38/2011*, Madrid: Ed. El Derecho y Quántor, S.L., 2012, 516 pp.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Ed. Tecnos, 1999, pp. 107-117.

AVILA NAVARRO, Pedro: “La hipoteca en garantía de cuenta corriente”, *RJC*, n.º 3, julio-septiembre 1995, pp. 137-143.

AVILA NAVARRO, Pedro: *Formularios Notariales*, tomo III (*Deudas y garantías*), Barcelona: Ed. Bosch, 2005 (5.ª ed.), 529 pp.

AVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1990, 271 pp.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “Refinanciaciones y homologaciones de acuerdos” en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael y VEIGA COPO, Abel (dirs.): *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Madrid: Civitas, 2014, pp. [].

AZOFRA VEGAS, Fernando y PÉREZ DE LA SOTA, Fernando: “La reordenación de los sindicatos bancarios hipotecarios sin pérdida de rango” en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, Las Rozas (Madrid): La Ley 2010, pp. 693-712.

AZOFRA VEGAS, Fernando y PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación”, *La Ley* n.º 7161, de 24 de abril de 2009, pp. 21-24.

AZOFRA VEGAS, Fernando y REDONDO APARICIO, Agustín: “La “Hipoteca Condicionada” como instrumento de garantía en financiaciones complejas”, *RDBB*, Año XXIV, octubre-diciembre 2005, pp. 177-205.

AZOFRA VEGAS, Fernando y REDONDO APARICIO, Agustín: “Mortgages get a lease of life” en *International Financial Law Review*, septiembre 2006.

AZOFRA VEGAS, Fernando, OLIVA DOMÍNGUEZ, José María y ALONSO LAPORTA, José Luis: “Hipotecas en mano común”, *RCDI* n.º 725, junio 2011, pp. 1.283-1.323.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 25, mayo-junio 2009, pp. 68-76.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “El tratamiento de las cédulas y bonos hipotecarios en el concurso”, *RDM* n.º 257, julio-septiembre 2005, pp. 1186-1187.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “Garantías de la financiación: fórmulas alternativas” en LAMOTHE FERNÁNDEZ, Prosper, LÓPEZ LUBIAN, Francisco J., DE LUNA BULTZ, Walter, DE MIGUEL PERALES, Carlos, MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, Juan y RIOPÉREZ LOSADA, Daniel (coords.): *Mercado inmobiliario: una guía práctica*, Barcelona: Deusto, 2009, pp. 515-562.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipoteca condicionada” en *Expansión* de 14 de julio de 2008, p. 32.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “Hipotecas flotantes”, *RCDI* n.º 707, mayo-junio 2008, pp. 1.279-1.243.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La agilización de la reestructuración el activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 131-143.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga”, *La Ley* n.º 7167, 5 de mayo de 2009.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: realidad o mito”, *La Ley* n.º 7162, de 27 de abril de 2009.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *RDCP* n.º 16, 2012, pp. 127-141.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La reforma de la Ley Hipotecaria; las oportunidades perdidas”, *La Ley* n.º 6909, de 24 de marzo de 2008, pp. 1-5.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “Reestructuración de deuda: la transmisión de activos”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 50, diciembre de 2008, pp. 28 y ss.

AZPITARTE CAMY, Rafael: “Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos

hipotecarios”, AA. VV.: *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad de España, 1998, pp. 321-410.

BADÁS CODEJÓN, Néstor: “Cómo no hundirse con una hipoteca flotante” en *La Gaceta del Lunes*, 28 de enero de 2008, p. 22.

BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: “Hipoteca flotante (comentario a la resolución de la DGRN de 24 de julio 1998)”, *Revista de Derecho Patrimonial* n.º 2, 1999, pp. 489-494.

BARBANCHO TOVILLAS, José Francisco: *Comentarios a la nueva LEC*, Barcelona: Ed. Atelier, 2000, 4.069 pp.

BAUTISTA SAGÜES, Fernando: “Aspectos prácticos de las reestructuraciones financieras”, *Revista del Mercado de Valores* n.º 4, 2009, pp. 81-124.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo” en CABANILLAS SANCHEZ, Antonio *et al.* (coords.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez Picazo*, tomo III, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp. 3.581-3.601.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, 389 pp.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1361)”, *CCJC* n.º 81, 2000 pp. 1.221-1.237.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo”, *RJN* n.º 77, enero-marzo 2011, pp. 35-111.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la ley 2/1994 (Recarga de la Hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (Hipoteca Recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado”, *RJN* n.º 71, julio-septiembre 2009, pp. 9 y ss.

BERTRAM, José Christian: “Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del artículo 71 de la Ley Concursal”, *La Ley* n.º 6068, 2004-4, pp. 1600-1606.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: “Comentario a los artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, Madrid: Edersa, 2000 (2.ª ed.), pp. 271-352.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, 224 pp.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 558 pp.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2004, 190 pp.

BONARDELL LENZANO, Rafael: “La intervención notarial” en DIAZ RUIZ, Emilio (coord.): *Códigos de Conducta y Préstamos Hipotecarios*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 37-45.

BONILLA ENCINA, Juan Francisco: “La prioridad en el sistema hipotecario español”, *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II.

BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, del POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni: *Derecho Civil de Cataluña, Derechos reales*, Madrid: Marcial Pons, 2010 (3.ª ed.), 688 pp.

BOTÍA VALVERDE, Antonio: “Hipoteca recargable y novación”, en www.notariosyregistradores.com, mayo 2008, 15 pp.

BUSTO LAGO, José Manuel: “El control registral de las condiciones generales de los contratos”, *RCDI* n.º 667, octubre 2001, pp. 1.939-2.004.

CABALLERO GEA, José Alfredo: *Hipotecas; contratos bancarios; Intereses; Ejecución hipotecaria judicial; síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid: Dykinson, S.L., 2012, 502 pp.

CABANAS TREJO, Ricardo y BONARDELL LENZANO, Rafael: “Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)”, *Diario La Ley* n.º 7044, 29 de octubre de 2008, pp. 1-10.

CABANAS TREJO, Ricardo: “La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 169-183.

CABANAS TREJO, Ricardo: “Un falso problema arriesga una mala solución”, *Expansión*, 8 de abril de 2013, p. 38.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “Subrogación del crédito por voluntad del deudor”, *CCJC* n.º 20, 1989, pp. 625-632.

CALBACHO LOSADA, Fernando: “La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Número Extraordinario en Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 180-186.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *La pretensión de la ejecución hipotecaria*, Tesis Doctoral Universidad Nacional de Educación a Distancia, 648 pp.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, Javier: *Las cláusulas de la hipoteca*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, 161 pp.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: “El alcance de la prenda de créditos futuros en el concurso de acreedores (SJdM n.º 1 de Alicante de 20 de julio de 2012)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 37, octubre-diciembre 2012, pp. 23-37.

CAMPUZANO Y HORMA, Fernando: *Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria*, Madrid: Ed. Reus, 1925, 870 pp.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, Pamplona: Aranzadi, 1983 (3.ª ed.), 839 pp.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona: Aranzadi, 1993, 811 pp.

CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *La Ley*, jueves 12 de abril de 2007, pp. 1 y ss.

CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriedad de la hipoteca en la Ley 41/2007”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Fundación Registral, 2008, pp. 61-94.

CANALS BRAGE, Fernando: “La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)”, *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, pp. 143-213.

CANALS BRAGE, Fernando: *La recarga de la hipoteca*, Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2010, 312 pp.

CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: “Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, *RCDI* n.º 723, enero-febrero 2011, pp. 299-364.

CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!”, *La Ley* n.º 6988, 14 de julio de 2008 (36908/2008), pp. 1-6.

CARRASCO PERERA, Ángel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa: “«Scheme of arrangement» ingleses para sociedades españolas: una crítica”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 349-362.

CARRASCO PERERA, Angel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa: “Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal”, *Diario La Ley* n.º 7727, 2 de noviembre de 2011.

CARRASCO PERERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús:

- *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003 (1.^a ed.), 1.087 pp.
- *Tratado de los Derechos de Garantía*, vol. I y vol. II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008 (2.^a ed.), 1.148 y 706 pp., respectivamente.

CARRASCO PERERA, Angel: “Comentario de la RDGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)”, *CCJC* n.º 86, mayo-agosto 2011, pp. 1159-1.205.

CARRASCO PERERA, Angel: “La fianza general” en AA. VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Barcelona: J. Bosch, 1993, pp. 1.045-1.084.

CARRASCO PERERA, Angel: “Novación hipotecaria y conservación de rango por ampliación de plazo de la obligación garantizada”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 51, septiembre-octubre 2013, pp. 50-53.

CARRASCO PERERA, Angel: “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales:

prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito”, *La Ley* n.º 6867, 23 de enero de 2008, pp. 1 y ss.

CARRASCO PERERA, Angel: “Posibilidades y estrategias de reclamación de las garantías autónomas por el juicio ejecutivo de la LEC (1)”, *Diario La Ley* n.º 3115, de 26 de junio de 2013, pp. 7-9.

CARRASCO PERERA, Angel: “Prendas sin desplazamiento y prendas financieras sobre créditos. A propósito de una calificación denegatoria de un Registrador de Bienes Muebles” [en línea], 16 de julio de 2013, www.notariosyregistradores.com; <<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2013-prenda-financiera-creditos.htm>> [consulta: 19 de enero de 2012], 2 pp.

CARRASCO PERERA, Angel: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, 2009 (3.ª ed.), 522 pp.

CERLES, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, marzo 2007, n.º 14.

CHAVES RIVAS, Antonio: “Ampliación de plazo y rango”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 26, julio-agosto 2009, pp. 172-177.

CHIANALE, Angelo: “Ipoteca”, *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. X, p. 161.

CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 1994 (3.ª ed.), 1.851 pp. / CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre derecho hipotecario*, tomo II, Madrid: Marcial Pons, 2000 (4.ª ed.), 1.930 pp.

CICERO, Cristiano: *L’ipoteca*, Milán: Giuffrè, 2000, 559 pp.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: “Comentario a la STS de 12 de marzo de 1985”, *CCJC* n.º 8, 1985, pp. 2.527-2.534.

COLOMER FERRÁNDIZ, Carlos: “Fiscalidad de los préstamos hipotecarios, la hipoteca flotante y la hipoteca inversa”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 609-631.

CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002”, *CCJC* n.º 62, mayo-septiembre 2003, pp. 437-450.

CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6964): Hipoteca en garantía de deuda determinable:

hipoteca en garantía de apertura de crédito e hipoteca flotante. Liquidación de la obligación asegurada, ejecución y retroacción de la quiebra”, *CCJC* n.º 86, mayo-agosto 2011, pp. 1.097-1.110.

CORDERO LOBATO, Encarna: “La hipoteca flexible: los retos pasados y presentes de la reina de las garantías. En particular, el problema del aplazamiento en refinanciaciones”, *La Ley* 3241/2013, de 20 de junio de 2013, pp. 10-13.

CORDERO LOBATO, Encarna: “Proyectadas novedades en materia hipotecaria”, *AJA* n.º 732, n.º 732, 12 de julio de 2007, pp. 9-13.

CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales (CER), 1997, 264 pp.

CRESPO ALLUÉ, Fernando: “Acciones de reintegración (artículo 71)” en SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan y GUILARTE GUTIERREZ, Vicente (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid: Lex Nova, 2004, II, pp. 1.365-1.402.

CROCQ, Philippe: “L’hypothèque rechargeable en droit français”, III Congreso de Registradores de España, Granada, octubre 2006.

CUENA CASAS, Matilde: “Crédito responsable, “*fresh start*” y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 43, mayo-junio 2012, pp. 38-43.

CUENA CASAS, Matilde: “*Fresh Start* y mercado crediticio”, *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, 2011, [en línea] <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>> [consulta: 29 de enero de 2014], 56 pp.

CUENA CASAS, Matilde: “Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, *ADCon* n.º 31, enero-abril 2014, pp. 123-159.

CUENA CASAS, Matilde: “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”, *RDCP* n.º 17, 2012, pp. 97-110.

CUENA CASAS, Matilde: “Crédito responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *RDCP* n.º 20, 2014, pp. 161-185.

CUENA CASAS, Matilde: “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”, *RDBB* n.º 125, 2012, pp. 289-320.

- DAGOT, Michel: *L'hypothèque rechargeable*, Paris: Ed. Litec/Juriclass, 2006, 202 pp.
- DE CÁRDENAS SMITH, Carlos y GARCÍA RODRÍGUEZ, Ana: “El concepto de entidad financiera a los efectos de la DA 4.^a de la Ley Concursal”, *La Ley* n.º 8192, de 15 de noviembre de 2013, pp. 1-8.
- DE LA CUESTA RUTE, José María: “Persona física y consumidor” en CUENA CASAS, Matilde y COLINO MEDIAVILLA, José Luis (coords.): *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2009, pp. 103-118.
- DE LA RICA ARENAL, Ramón: “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, IV, 1948, pp. 287-327.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013, 44 pp.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores: Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, Madrid: Tecnos, 2013, 249 pp.
- DE MATOS ANTUNES VARELA, João: *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1997 (7.^a ed.).
- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: “La igualdad de rango hipotecario”, *RCDI* n.º 706, marzo-abril 2008, pp. 597-654.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: “Cómo hundirse con una hipoteca flotante” en *La Gaceta de los Negocios*, 15 de enero de 2008.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: “Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario” [en línea], 12 de marzo de 2008, <<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mercadohipotecario/principioshipotecarios.htm>> [consulta: 19 de enero de 2012], 7 pp.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, *La Ley* n.º 6727, año XXVIII, de 4 de junio de 2007, pp. 1 y ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la

ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *RCDI* n.º 732, julio-agosto 2012, pp. 1.845-1.905.

DÍAZ FRAILE, Juan María: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000, 867 pp.

DÍAZ MORENO, Alberto: “Reforma del Mercado Hipotecario. Coeficientes de inversión y recursos propios”, *Derecho de los Negocios*, n.º 209, febrero de 2008, pp. 47-53.

DÍAZ RUIZ, Emilio: “Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria (Comentarios a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009)”, *RDBB*, n.º 119, julio-septiembre 2010, pp. 279-306.

DÍAZ RUIZ, Emilio y RUÍZ BACH, Salvador: “Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, *La Ley* n.º 6240, 27 de abril de 2005, pp. 1-9.

DÍAZ RUIZ, Emilio: “Autonomía de la voluntad, contratación bancaria y condiciones generales”, AA. VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Madrid: Wolters Kluwer España - Consejo General del Notariado, 2012, tomo II, pp. 557-609.

DÍAZ RUIZ, Emilio: “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, *Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, n.º extraordinario, 2011, pp. 224-228.

DÍAZ RUIZ, Emilio: “Reestructuración y reorganización de deudas bancarias” en SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, GADEA SOLER, Enrique, ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles y SACRISTÁN BERGIA, Fernando (dirs.): *La contratación bancaria*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 961 y ss.

DÍAZ VALES, Fernando: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* III (2010), pp. 261-299.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores: “Algunas consideraciones sobre la hipoteca de máximo”, en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.): *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2.305-2.320.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: “La Eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria”, *Latin American and Caribbean Law and Economics*

Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley [en línea], <<http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>> [consulta: 18 de noviembre de 2013], 32 pp.

DÍEGUEZ OLIVA, Rocío: *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Fundación Registral, 2009, 295 pp.

DÍEZ GARCÍA, Helena: “Las «recargas» de la hipoteca”, *RDP*, noviembre-diciembre 2008, p. 3-52.

DÍEZ GARCÍA, Helena: Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/4484), *CCJC* n.º 61, pp. 69-88.

DÍEZ GARCÍA, Helena: “Efectos del pago efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria. Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/1361)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 15, 2009, 20 pp.

DÍEZ GARCÍA, Helena: *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Madrid: Ed. Reus, S.A., 2012, 328 pp.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:

- *Sistema de Derecho Civil*, vol. III (*Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*), Madrid: Tecnos, 2005 (7.ª ed.), 523 pp.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, tomo I (*Derechos reales en general*), Madrid: Tecnos, 2012 (8.ª ed.), 329 pp.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, tomo II (*Derechos reales en particular*), Madrid: Tecnos, 2012 (8.ª ed.), 228 pp.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La prescripción de la acción hipotecaria” en AA. VV.: *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 311-320.

DÍEZ-PICAZO, Luis:

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las Relaciones Obligatorias*), Madrid: Aranzadi, 2008 (6.ª ed.), 1.092 pp.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III (*Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*), Madrid: Aranzadi, 2008 (5.ª ed.), 1.050 pp.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: “El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía” en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto, JURICIC CERDA, Daniel, SALAH ABUSLEME, María Agnes y MANTILLA ESPINOSA, Mauricio (dirs.): *Estudios sobre Garantías Reales y Personales. Libro Homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 2009 (1.^a ed.), tomo I, pp. 39-63.

DREWICZ-TULODZIECKA, Agnieszka (dir.): *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop. November 2004/ April 2005*, Polish Mortgage Credit Foundation, Polonia, 2005, 83 pp.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: “El perjuicio en la acción rescisoria concursal”, *ADCo* n.º 10, enero-abril 2007, pp. 7-59.

ESPIGARES HUETE, JOSÉ Carlos: *La acción rescisoria concursal*, Navarra: Aranzadi, 2011 (1.^a ed.), 254 pp.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: “La hipoteca global” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 205-263.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La prenda registral sobre créditos futuros en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y en la Ley Concursal”, en LAUROBA LACASA, Elena (dir.), TARABAL BOSCH, Jaume (coord.): *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y perspectiva*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 371-394.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal”, *Diario La Ley* n.º 7742, 23 de noviembre de 2011, pp. 4-12.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”, *ADCon* n.º 25/2012, pp. 9-94.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los «acuerdos de refinanciación». El expediente registral preconcursal”, *ADCon* n.º 21, septiembre-diciembre 2010, pp. 9-80.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a *Contra Coeur*. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*

n.º 7/2013, pp. 175-189.

FINEZ RATÓN, José Manuel: *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1994, 250 pp.

FORUM GROUP ON MORTGAGE CREDIT: *The Integration of EU Mortgage Credit Markets*, Bruselas, 2004.

FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: “Hipoteca global e hipoteca a de propietario en el derecho alemán y las resoluciones de la DGRN”, *RDP* n.º 96, 2012, pp. 3-42.

GALINDO DE VERA, León y DE LA ESCOSURA y ESCOSURA, Rafael: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid: Escuelas Católicas, 1880-1886, varios volúmenes.

GALLEGO SÁNCHEZ, Ana María: “La formación de la masa pasiva” en en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 351-384.

GALVÁN GALLEGOS, Angela: “Créditos privilegiados”, en MARTÍN MOLINA, Pedro B. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José María (coords.): *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia dada por especialistas*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 225-230.

GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo” en AA. VV.: *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1991, pp. 208-238.

GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Patología actual de las hipotecas de máximo”, *RCDI* n.º 593, julio-agosto 1989, pp. 1.113-1.152.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Acto de desagravio al principio de especialidad (Crítica a las Resoluciones de la DGRN de 16 de diciembre de 1994, de 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)”, *RCDI* n.º 629, julio-agosto 1995, pp. 1.347-1.362.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Comentario al artículo 1.878 del Código Civil” en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (dirs.): *Comentario al Código Civil*, tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993 (2.ª ed.), pp. 1.912-1.916.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “La “indefinición” del crédito hipotecario solidario en la Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2000”, *Lunes* 4,30, junio 2000, pp. 13 y ss.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2010 (6.ª ed.), 3.587 pp.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid: Civitas, 1994, 386 pp.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.ª ed.), 918 pp.

GARCÍA GIL, Francisco Javier: *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona: DAPP Distribución y Asesoramiento, 2011, 518 pp.

GARCÍA MEDINA, José: *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2009, 393 pp.

GARCÍA SANZ, Angel: “Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva ley concursal”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4.063-4.082.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Garantías reales” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dirs.): *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 1.633-1.656.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La clasificación de créditos”, ponencia presentada en el III Congreso Español del Derecho de la Insolvencia: La Reforma de la Ley Concursal, Zaragoza, 5 al 6 de mayo de 2011, 25 pp.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La inconsistencia de la prenda y la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 30 de septiembre de 2009)”, *ADCon* n.º 18, septiembre-diciembre 2009, pp. 399-419.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “La prenda de créditos futuros en el concurso”, *ADCon* n.º 9, septiembre-diciembre 2006, pp. 51-100.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: “Pago de créditos con privilegio, especial y general” en AA. VV.: *La liquidación concursal*, Madrid: Aranzadi, 2011 (1.ª ed.), pp. 331-364.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3

de febrero de 2009 (RJ 2009, 1360)”, *CCJC* n.º 82, enero-abril 2010, pp. 107-123.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: *La prenda de créditos*, Madrid: Aranzadi, 2006, 270 pp.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero”, *RCDI* n.º 610, junio 1992, pp. 1.371-1.404.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: “Primera Parte.- Los aspectos sustantivos de la reforma de la Ley Concursal” en AA. VV.: *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Madrid: Aranzadi, 2009 (1.ª ed.), pp. 17-94.

GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, Manuel: “¿Resulta posible, o conveniente y si lo es, bajo qué condiciones, que los acreedores con garantía real disidentes se vean vinculados a los efectos de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente?”, *RDM* n.º 12, 2013.

GARRIDO GARCÍA, José María: *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, 152 pp.

GARRIDO GARCÍA, José María: *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid: Civitas, 2000, 813 pp.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: *Sistema español de cesión de créditos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, 326 pp.

GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLOR, Eduardo y COLLDEFORNS PAPIOL, Eloi: “La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del art. 90.1.6.º de la Ley Concursal”, *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, n.º 3, 2012.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Comentario sobre el art. 71”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, pp. 829-871.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Ejecución hipotecaria por el banco acreedor sin que hubiera inscrito previamente la cesión a su favor”, *PJ* n.º 17, 1990, pp. 145-154.

GÓMEZ CLAVERÍA, Pablo: Comentario sobre la RDGRN de 2 de septiembre de 2005, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 22, octubre 2005, pp. 288-317.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “La reforma hipotecaria desde la perspectiva del

Ministerio de Justicia”, *RCDI* n.º 702, julio-agosto 2007, pp. 1.661-1.715.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995”, *BCEHC* n.º 61, febrero-marzo 1995, pp. 44-56.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis (coord.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, 1995, pp. 803-830.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de Regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Fundación Registral, 2008, pp. 15-60.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, 401 pp.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal”, *ADCon* n.º 15, septiembre-diciembre 2008, pp. 323-344.

GÓMEZ LAPLAZA, Carmen (dir.): *Leyes Hipotecarias*, Pamplona: Ed. Aranzadi, S.A., 2012 (4.ª ed.), 2.488 pp.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “La hipoteca”, en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coord.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo II (*Derechos Reales*), vol. 3.º, Madrid: Civitas, 2003, pp. 217-666.

GONZALEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio: “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *RCDI* n.º 566, enero-febrero 1985, pp. 109-214.

GONZALEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio: “Comentario a los artículos 119-125”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 6.º, Madrid: Edersa, 2000 (1.ª ed.).

GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: “La rescisión de las garantías hipotecarias de los acreedores profesionales (art. 10 LH)”, *ADC* n.º 22, pp. 289-313.

GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: “Reintegración concursal y normas especiales: el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (coord.): *La reintegración en el concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 405-454.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca de seguridad” (conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de abril de 1920) en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 705-741.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: “La hipoteca del propietario”, *RCDI* n.º 28, marzo-abril 1927, pp. 175-256 (reeditado en GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 743-769).

GONZÁLEZ-MENESES, Manuel y RODRÍGUEZ, Carlos E.: “Un mundo de oportunidades: Se buscan inversores para participar en operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria” en *El Notario del Siglo XXI* n.º 10, noviembre-diciembre 2006, pp. 22 y ss.

GONZÁLEZ-MENESES, Manuel y RODRÍGUEZ, Carlos E.: “Un mundo de oportunidades (y II): Refinanciación de las hipotecas mediante préstamos concedidos por particulares: una inversión inquietante”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 12, marzo-abril 2007, pp. 44 y ss.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “El devenir de la hipoteca flotante”, *RCDI*, n.º 731, mayo-junio 2012, pp. 1.646-1.660.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras”, *RCDI* n.º 701, mayo-junio 2007, pp. 1.340-1.346.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hacia la flexibilización de la hipoteca: la hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo” en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (coord.): *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, IV (Derechos Reales, Hipotecario y Registral), Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, pp. 1.113-1.150.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Hipoteca sometida a condición suspensiva”, *RCDI* n.º 700, marzo-abril 2007, pp. 817-824.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones

indeterminadas”, *RCDI* n.º 681, enero-febrero 2004, pp. 249-269.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante”, *ADC*, tomo LXVI, fasc. III, 2013, pp. 1.109-1.161.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 186-189.

GOURIO, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur - Revue de Droit Bancaire et Financier*, septiembre-octubre 2006.

GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2006, n.º 19, n.º 1195.

GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n.º 20, 17 de mayo de 2006, I 9.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUROHIPOTECA: “Proyecto de Investigación Europeo “Eurohipoteca”: puntos para la discusión” (*European Research project on Eurohypothe: points for discussion*), *RCDI* n.º 685, septiembre-octubre 2004, pp. 2.467-2.479.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente: “Comentario a los artículos 1.822 al 1.886 del Código Civil” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII (*Artículos 1.822 al 1.886 del Código Civil*), Madrid: Edersa, 1990 (2.ª ed.), 683 pp.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “La acción rescisoria concursal”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4.125-4.135.

HACKNEY, Ryan A.: “Ripping holes in the Dragnet: The failings of U.C.C. § 9-204 (c) as applied to consumer transactions”, *Texas Law Review*, 87, 1249, May 2009, 15 pp.

HEDEMANN, Justus Wilhelm: *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin: W. de Gruyter, 1960 (3.ª ed.), 431 pp.

HELBLING MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel: *Da Hipoteca. Caracterização, constituição e efeitos*, Coimbra: Almedina, 2002, 261 pp.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: “Realización del crédito hipotecario en el concurso”, *RDCP* n.º 11, 2009, pp. 293-322.

HERRADOR MUÑOZ, Alicia: “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”, *RDCP* n.º 3, 2005, pp. 169-177.

HURTADO IGLESIAS, Santiago: “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *RDCP* n.º 14, 2011, pp. 17-23.

IGLESIA MONJE, M^a Isabel: “Hipoteca sujeta a condición suspensiva en garantía de un crédito ya vencido” en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 85-105.

IGLESIAS CANLE, Santiago y GONZÁLEZ ALONSO ALEGRE, Ramiro: “Tratamiento en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de la hipoteca sujeta a condición suspensiva”, *La Ley*, n.º 4, de 26 de septiembre de 2006, pp. 1-4.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael: “Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración empresarial” en BELTRÁN, Emilio, GARCÍA-CRUCES, José Antonio y PRENDES, Pedro (dirs.): *La reforma concursal*, Madrid: Aranzadi, 2011 (1.º ed.), pp. 231-245.

IRIGOYEN FUJIWARA, Daniel: “Créditos con privilegio especial”, en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 445-468.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: “Sobre la cesión de los créditos hipotecarios”, *RCDI* n.º 694, marzo-abril 2006, pp. 443-514.

JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis: “La acumulación en la ejecución sobre los bienes hipotecados”, *RCDI* n.º 726, julio-agosto 2011, pp. 1.961-1.994.

JORDANO FRAGA, Francisco: “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *RCDI* n.º 653, julio-agosto 1999, pp. 1.275-1.333.

JORDANO FRAGA, Francisco: *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada: Ed. Comares, 1999, 376 pp.

LACAL, Pascual: “El mito de la accesoriedad de la hipoteca”, *RDP* n.º 392, noviembre, 1949, pp. 925-936.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS

ALBESA, Joaquín:

- *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (*Derecho de Obligaciones*), Madrid: Dykinson, 2003 (3.^a ed.), 578 pp.
- *Elementos de Derecho Civil*, tomo III (*Derechos Reales*), vol. 2.^o (*Derechos Reales Limitados; Situaciones de Cotitularidad*), Madrid: Dykinson, 2009 (3.^a ed.), 472 pp.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho inmobiliario registral*, Madrid: Civitas 2011, 450 pp.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en NIETO CAROL, Ubaldo (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II (*Garantías Reales*), vol. 2 (*Garantías Inmobiliarias*), Madrid: Civitas, 1996, pp. 19-111.

LANGLOIS DÉLANO, Pablo: *La cláusula de garantía general hipotecaria*, Santiago de Chile (Chile), 1933.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, tomo V (*Derechos reales y Derecho hipotecario*), Madrid: Marcial Pons, 2009 (7.^a ed.), 352 pp.

LEÓN SANZ, Francisco José: “Acciones de reintegración (art. 71)” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Angel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Civitas, 2004, pp. 1.301-1-321.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El Proceso Concursal*, Madrid: Ed. Aranzadi, 2012 (1.^a ed.), 789 pp.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros”, en GARCÍA RUBIO, María Paz (coord.): *Estudios jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Madrid: Civitas, 2009, pp. 199-226.

MANRESA Y NAVARRO, José María: “Comentario a los artículos 1.878 CC”, *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Madrid: Ed. Reus, 1973 (6.^a ed.), 1.351 pp.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: “La hipoteca inversa en el marco de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario” en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (coord.): *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, IV (*Derechos Reales, Hipotecario y Registral*), Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, pp. 1.201-1.231.

MARRAUD DES GROTTES, Gaëlle: “Des précisions sur les formalités de publicité de l’hypothèque rechargeable constituée par renonciation à un PPD (D. n° 2008-466, 19 mai 2008)”, *Revue Lamy Droit Civil*, 2008, n.º 50, p. 31.

MARTÍN DIZ, Fernando: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada: Ed. Comares, 736 pp.

MARTÍN PASTOR, José: “Capítulo 33: Especialidades de la ejecución de bienes hipotecados o pignorado; introducción” en ORTELLS RAMOS, Manuel (dir. y coord.): *Derecho procesal civil*, Pamplona: Aranzadi, 2013 (12.ª ed.), pp. 727-741.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: “La hipoteca inmobiliaria” en DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.): *Curso de Derecho civil*, vol. III (*Derechos reales*), Madrid: Colex, 2011 (4.ª ed.), pp.541 – 603.

MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 17, enero-febrero 2008, pp. 152 y ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Maite: “Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 15, 2011, pp. 183-198.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier: “Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”, en ARIAS VARONA, Francisco Javier (dir.): *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, Madrid: Wolters Kluwer, 2013, pp. 69-104.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: “Prenda sin desplazamiento de créditos”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 17, enero-febrero 2008, pp. 156 y ss.

MASSAGUER FUENTES, José: “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 4.211-4.237.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier y GARCÍA POMBO, Alberto: “La suspensión de las ejecutorias contra las promotoras y constructoras: condición de las viviendas del stock”, en GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (coord.): *Proceso concursal: crisis de las empresas constructoras y promotoras*, Valladolid: Lex Nova, S.A., 2009 (1.ª ed.), pp.

183-228.

MILES CASTRO, Sergio S.: *La cláusula de garantía general hipotecaria*, Inédito, 2013, 143 pp. (disponible en <<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/107093>>).

MIQUEL GONZÁLEZ, José María y GARCIMARÍN ALFÉREZ, Francisco: “El nuevo artículo 90.12.6º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 40, noviembre-diciembre, 2001, pp. 26-31.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Comentario a los artículos 392 a 395 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2, Madrid: Edersa, 1985 (1.ª ed.), pp. 1-121.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “La hipoteca flotante” *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, Curso académico 2007-2008, pp. 437-450.

MOHOR ALBORNOZ, Elías: “Efectos económicos de la inscripción de las Garantías Reales” [en línea], Ponencia presentada en el XV Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Fortaleza (Brasil), noviembre de 2005 <<http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Mohor.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2013], 6 pp.

MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: “Especial referencia a la hipoteca flotante”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 39-56.

MONTERO AROCA, Juan: “Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva”, *Actualidad Civil*, n.º 45, diciembre 1997, pp. 1.129-1.146.

MONTERO AROCA, Juan: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 1.292 pp.

MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 1.199 pp.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC”, *Diario La Ley* n.º 5522, 12 de abril de 2002, pp. 1-5.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid: Ed. Civitas,

2000, 364 pp.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Madrid: Ed. Civitas, 2002, 184 pp.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), QUICIOS MOLINA, Susana y MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (coords.): *Tratado de Contratos*, IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 4.156-4.318.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Pamplona: Ed. Aranzadi, S.A., 2010, 222 pp.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: “Las presunciones relativas de perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas” en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (coord.): *La reintegración en el concurso de acreedores*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 111-146.

MOREIRA, Guilherme: *Instituições de Direito Civil português*, vol. 1, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907; vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1925 (2ª ed.).

MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy, Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, 381 pp.

MUÑIZ ESPADA, Esther: “La hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria” en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Ed. Edisofer, 2009, pp. 191-255.

MUÑIZ ESPADA, Esther: *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid: Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, 411 pp.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: *Protocolo concursal*, Navarra: Aranzadi, 2013, 832 pp.

MURO VILLALÓN, Jesús Víctor: “La hipoteca bajo condición suspensiva”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 135-152.

NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Los problemas de las hipotecas flotantes”, en SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael (coord.): *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011, pp. 173-198.

NASARRE AZNAR, Sergio: “La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas” en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.) y SIMÓN MORENO, Héctor (coord.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid: Ed. Edisofer, 2011, pp. 117-172.

NAVARRO PÉREZ, Jose Luis: *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Córdoba: Ibarra de Arce, 1998 (2.ª ed.), 362 pp.

NIETO DELGADO, Carlos: “Derecho preconcursal y Acuerdos de Refinanciación”, *Materiales del Aula de Derecho Concursal del Instituto de Empresa*, 20 de marzo de 2012, 38 pp.

NIETO DELGADO, Carlos: “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación” en MARTÍN MOLINA, Pedro B., GONZÁLEZ BILBAO, Emilio y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José María (coords.): *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid: Dykinson, 2012, pp. 27-43.

NIETO DELGADO, Carlos: “Homologación judicial de acuerdos de refinanciación”, *Materiales del Aula de Derecho Concursal del Instituto de Empresa*, 20 de marzo de 2012, 15 pp.

NIETO DELGADO, Carlos: “Reforma concursal: diez críticas esenciales al proyecto de ley” trabajo elaborado a partir de la ponencia “Principales cambios del Proyecto de Ley Concursal” presentada en la IX Jornada Tributaria y Mercantil organizada por el Colegio de Titulados Mercantiles de Pontevedra el 24 de marzo de 2011 [en línea], <<http://www.aranzadi.es/congresodelainsolvencia/pdfs/Reforma-Nieto.pdf>> [consulta: 8 de mayo de 2012], 13 pp.

NIETO DELGADO, Carlos: “STS de 10.10.2012: “fiat justitia et pereat mundus”, *El Economista*, Iuris&Lex, 15 de marzo de 2013, pp. 11-12.

NUSSBAUM, Arthur: *Tratado de Derecho hipotecario alemán con una introducción sobre los principios generales del registro inmobiliario*, ROCES, Wenceslao (trad.)

(traducción de la 2ª edición alemana), Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1929, 380 pp.

O'CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, tomo III (*Derechos reales e hipotecario*), Madrid: Dijusa, 2011 (6.ª ed.), 391 pp.

OLAVARRÍA TELLEZ, Ángel: “Créditos con garantía real”, AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 3.797-3.817.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Las Rozas (Madrid): La Ley 2005 (1ª ed.) 316 pp.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: “Hipoteca”, *Anteproyecto do Código Civil, Boletim do Ministério de Justiça*, n.º 62 y 63, pp. 5 y ss. y 193 y ss., respectivamente.

PALÁ LAGUNA, Reyes: “Concepto de entidad financiera, homologación de acuerdos de refinanciación y derecho de voto del convenio concursal”, *RDCP* n.º 18, 2013, pp. 167-180.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: “El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros”, *RDCP* n.º 20, 2014, pp. 15-42.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Cesión de Créditos”, *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1.033-1.131.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal” en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.): *Garantías Reales Mobiliarias*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 175-194.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Comentario a los artículos 1.526 a 1.536 en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et al.* (dirs.): *Comentario al Código Civil*, tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993 (2.ª ed.), pp. 1.019 y ss.

PARDO NÚÑEZ, Celestino y DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel: “Hipotecas bajo condición suspensiva”, *La Ley* n.º 6517, de 3 de julio de 2006, pp. 1-5.

PARDO NÚÑEZ, Celestino y NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás: “Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios”, *La Ley* n.º 7293, 27 de noviembre de 2009,

pp. 1-7.

PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras (comentario a la Resolución de la DGRN de 11 de enero de 1995)”, *RCDI*, n.º 638, enero-febrero 1997, pp. 188-233.

PARDO NÚÑEZ, Celestino: “Hipotecas de máximo y letras de cambio”, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Fundación Registral, 2008, 166 pp.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, pp. 261-352.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, en *Nuevas contrataciones. Las ofertas de recompra con revalorización y la reforma hipotecaria. La hipoteca inversa*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 123-260.

PASTERNAK, Robert y SRON, Mariusz: “Modifications to the Act on land and mortgage registers” [en línea], <http://www.deloitte.com/view/en_PL/pl/insights/Newsletters/legal-alert/0153bcda469e210VgnV CM1000001a56f00aRCRD.htm> [consulta: 13 de julio de 2011].

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: “El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 165-204.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomos I y II, Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2001 (4.^a ed.), 1.472 pp.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 23, enero-febrero 2009, pp. 176-179.

PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José: Anotaciones a ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, varios

volúmenes entre 1933 y 1951.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, Javier: Comentario en *Carta Tributaria*, 2ª quincena de noviembre de 2005, pp. 63 y ss.

PIÑEL LOPEZ, Enrique: “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, *RDCP* n.º 11, 2009, pp. 35-43.

PIRES DE LIMA, Antonio y DE MATOS ANTUNES VARELA, João: *Código civil anotado* (con la colaboración de M. HENRIQUE MESQUITA), vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1987 (2.ª ed.), pp. 716.

PLOEGER, Hendrik, VAN VELTEN, Aart y ZEVENBERGEN, Jaap: “Real Property Law and Procedure in the European Union; Report for the Netherlands”, 2005, pp. 1-45.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: “Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos”, *La Ley* n.º 8161, de 2 de octubre de 2013, pp. 1-8.

PRETEL SERRANO, Juan José: “Comentario al artículo 153 de la Ley Hipotecaria”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 353-417.

PRETEL SERRANO, Juan José: “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)”, *RCDI* n.º 661, septiembre-octubre 2000, pp. 2.817-2.868.

PRIGENT, Stéphane: “L’hypothèque rechargeable”, *Defrénois*, n.º 18/07.

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III (*Derecho de cosas*), vol. 3 (*Prenda. Anticresis. Hipoteca inmobiliaria y mobiliaria. Reserva de dominio. Venta fiduciaria. Anotación preventiva. Tanteo. Retracto. Opción. Censos*), Barcelona: Ed. Bosch, 1983 (3.ª ed.), 601 pp.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003”, *La Ley* n.º 7731, 8 de noviembre de 2011, pp. 1-5.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “Acuerdos de refinanciación y *Fresh Money*”, *RDCP* n.º 15, 2011, pp. 47-57.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal”, *RDM* n.º 250/2003, pp. 1.425-1.478.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español” en PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.): *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Madrid: Marcial Pons-Universidad de Almería, 2010, pp. 115-149.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, *RDGP* n.º 14, 2011, pp. 25-40.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “SAREB y paraconcursalidad normativa”, *La Ley* n.º 8200, 27 de noviembre de 2013, pp. 1-9.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Especial emprendedores: las leyes que los apoyan*, Madrid, 2013 (www.laley.es).

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: “El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos”, *RCDI* n.º 641, julio-agosto 1997, pp. 1.315-1.344.

QUESADA PÁEZ, Abigail: “Hipoteca en mano común”, *RCDI*, n.º 718, marzo-abril 2010, pp. 621-628.

QUESADA PAEZ, Abigail: “Hipotecas especiales”, *RCDI* n.º 711, enero-febrero 2009, pp. 353-368.

QUICIOS MOLINA, Susana: “Comentario sobre el art. 155”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, 2004, vol. II, pp. 1.663-1.702.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: “El proceso de reforma de la Ley Concursal”, ponencia presentada en el III Congreso Español del Derecho de la Insolvencia: La Reforma de la Ley Concursal, Zaragoza, 5 al 6 de mayo de 2011, p. 1-18.

RAJOY BREY, Enrique: “La hipoteca: análisis económico y social de una preferencia” [en línea], Ponencia presentada en el XV Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Fortaleza (Brasil), noviembre de 2005 <<http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Rajoy.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2013], 22 pp.

RAMÓM CHORMET, Juan Carlos: “La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC” en AA. VV.: *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 123-212.

RAVAZZONI, Alberto: “Le ipoteche”; en CICU, Antonio, MASSINEO, Francesco y MENGONI, Luigi (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XIX, Milán: Giuffrè, 2006.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987” en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 267-275.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Comentario a la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722)”, *RCDI* n.º 590, enero-febrero, 1989, pp. 141-190.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante”, REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 277-326.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: “La hipoteca como derecho real divorciable del crédito” en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

RIBELLES ARELLANO, José María: “Las acciones de reintegración” en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 321-350.

RIBÓ, Mariano: “La hipoteca de maximum”, *RCDI* n.º 6, junio 1925, pp. 407-424.

RIESCO ERRAZURIZ, Germán: “Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema de 11 de noviembre de 1929”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, segunda parte, sección primera.

RIVAS TORRALBA, Rafael A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona: Ed. Bosch, 2012 (2.ª ed.), 752 pp.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid: Ed.

Dílex, 2004, 563 pp.

ROCA SASTRE, Ramón María: “Variaciones sobre la hipoteca cambiaria” en AA. VV.: *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Madrid: 1964, pp. 237-264

ROCA SASTRE, Ramón, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan:

- *Derecho Hipotecario*, tomo II, vol. 2, Barcelona: Ed. Bosch, 2009 (9.^a ed.);
- *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona: Ed. Bosch, 2009 (9.^a ed.);
- *Derecho Hipotecario*, tomo IX, Barcelona: Ed. Bosch, 2009 (9.^a ed.);
- *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Barcelona: Ed. Bosch, 1968 (6.^a ed.), 1998 (8.^a ed.) y 2009 (9.^a ed.);
- *Derecho Hipotecario*, tomo X, Barcelona: Ed. Bosch, 2009 (9.^a ed.).

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Rodrigo: “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, septiembre 2013, pp. 12-20.

RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *Elementos de Derecho hipotecario (ajustados al programa de notarías)*, Barcelona: Ed. Bosch, 2011 (4.^a ed.), 981 pp.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: “La novación de préstamos hipotecarios: la hipoteca recargable”, en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 389-305.

RUBINO, Dominico: “L’ipoteca immobiliare e mobiliare”, en CICU, Antonio, MASSINEO, Francesco y MENGONI, Luigi (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XIX, Milán: Giuffrè, 2006.

RUBIO GARRIDO, Tomás: *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid: Ed. Montecorvo, S.A., 1994, 508 pp.

RUBIO TORRANO, Enrique: “La llamada «hipoteca flotante»”, *Aranzadi Civil* n.º 15/2003 (diciembre), pp. 11-13.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo*,

de Regulación del Mercado Hipotecario, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 95-134.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 4112007, de reforma del mercado hipotecario”, *RCDI*, n.º 707, mayo-junio 2008, pp. 1.245-1.274.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: “Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* n.º 1, 2003, pp. 206-223.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Relación entre el crédito y la hipoteca: el alcance del principio de accesoriedad*, Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de España, 2008, 644 pp.

SALINAS ADELANTADO, Carlos: “Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada”, AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV (*La masa pasiva. La masa activa. Los convenios o acuerdos concursales*), Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 3.861-3.892.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: “La rescisión de los acuerdos de refinanciación”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique (dirs.): *La reintegración de la masa*: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 333-366.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: “La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración”, ponencia presentada en las XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado (*La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*), Madrid, 23 y 24 de noviembre de 2011 [en línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF> [consulta: 19 de noviembre de 2013].

SANCHO GARGALLO, Ignacio: “Los efectos del concurso sobre la ejecución de bienes del concursado”, *ADCon* n.º 5, mayo-agosto 2005, pp. 199-220.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: “Reintegración de la masa del concurso: aspectos

sustantivos de la acción rescisoria concursal”, *RJC* n.º 4, vol. 103, 2004, pp. 1.121-1.152.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “Comentario al artículo 1.209 del Código Civil” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1º (*Artículos 1.156 al 1.213 del Código Civil*), Madrid: Edersa, 1991, pp. 774-779.

SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Comentarios a la nueva ley hipotecaria*, Madrid: Ed. Reus, 1945, 567 pp.

SAVOURE, Dominique: “L’hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n.º 19, 11 de mayo de 2007.

SEBASTIÁN QUETGLÁS, Rafael: *Concurso y rescisión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 158 pp.

SENÉS MOTILLA, Carmen: “La homologación de los acuerdos de refinanciación”, *ADCon* n.º 30, septiembre-diciembre 2013, pp.47-74.

SENÉS MOTILLA, Carmen y CONDE FUENTES, Jesús: “Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho Procesal* n.º 13, enero 2014, 26 pp.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “La protección de los deudores hipotecarios: aspectos sustantivos y de la denominada venta extrajudicial”, *Actualidad Civil*, n.º 7-8, julio-agosto 2013, pp. 934-945.

SIEIRA GIL, Jesús: “La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 167-206.

SIMÓN MORENO, Héctor: “La cesión del crédito hipotecario” en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Ed. Edisofer, 2009, pp. 145-189.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Nascimento, 1943 (1.ª ed.), 611 pp.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (dir.): *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, Madrid: Civitas, 2009 (1.ª ed.), 596 pp.

STEFEL MORENO, Antonio: “Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados”, *La Ley* n.º 2007/2013, de 3 de mayo de 2013, pp. 8-15.

TENA ARREGUI, Rodrigo: “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario” en AA. VV.: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid: Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 9-43.

THERY, Philippe: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Droit et Patrimoine*, n.º 159, 2007, pp. 41-66.

THIELE, Angelique: “Dutch securitisation: a step forward” en *The In-House Lawyer*, febrero 2005, pp. 30-33.

UGARTE GODOY, José Joaquín: “La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 88, primera parte, pp. 81 y ss.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: “Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007”, *RDBB* n.º 112, octubre-diciembre 2008, pp. 7-39.

URÍA GONZALEZ, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2002 (28.ª ed.), 1.264 pp.

USINSKAITE, Alvyda: *Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y fórmulas contractuales modernas* [en línea], Trabajo Fin de Máster Universidad Complutense de Madrid, junio 2011, <<http://eprints.ucm.es/13877/1/ALVYDA.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2013], 109 pp.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 23 (julio-septiembre 2009), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/23/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 21 (enero-marzo 2009), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/21/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 20 (octubre-diciembre 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/20/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 19 (julio-septiembre 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/19/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 18 (abril-junio 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/18/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Casos prácticos sobre hipotecas”, Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo n.º 17 (enero-marzo 2008), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales [en línea] <<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/17/Casos-Propiedad/HIPOTECAS.aspx>> [consulta: 20 de noviembre de 2013].

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos”, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 457 y ss. y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, pp. 243-328.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada flotante o global” en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, pp. 27-150.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La modificación de los préstamos hipotecarios y

la llamada hipoteca recargable”, en AA. VV.: *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2008, pp. 185-225 y *BCRE* n.º 148, 2009.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “La pluralidad de acreedores en el derecho real de hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, *BCRE* n.º 173, noviembre 2010, pp. 2.759 y ss., publicado en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, pp. 151-196.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, ponencia impartida en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en el curso “Problemas registrales en la situación actual de crisis económica”, 8 de julio de 2010; publicada en *ADCon* n.º 22, enero-abril 2011, pp. 207-239 y en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, pp. 329-396.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: “Problemática de la hipoteca en garantía de deudas fiscales. Especial mención a la hipoteca flotante”, *Revista Tributaria. Oficinas Liquidadoras* n.º 26, septiembre-octubre 2010, Colegio de Registradores de la Propiedad, pp. 4-12; publicado en VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Angel: *Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2011, pp. 197-242.

VALLS GOMBAU, José Francisco: “La ejecución de la hipoteca”, *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, Curso académico 2007-2008, pp. 403-424.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “El tratamiento del acreedor hipotecario en el concurso” en ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.): *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid: La Ley, 2009, pp. 413-458.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: “Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *RDCP* n.º 15, 2011, pp. 155-165.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: Comentario a los arts. 154-162 en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009 (2.ª ed.), pp. 507-544.

VEIGA COPO, Abel: “Prenda ómnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *RDBB*, n.º 82, 2001, pp. 33-72.

VEIGA COPO, Abel: Comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6275), *CCJC* n.º 64, 2004, pp. 435-459.

VEIGA COPO, Abel: *Los privilegios concursales*, Granada: Ed. Comares, 2006 (2.ª ed.), 424 pp.

VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 128 pp.

VIANA BARRAL, Víctor y SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, Luis (coords.): *Propuestas de Reforma del Marco Legislativo de la Fiscalidad Inmobiliaria*, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid: Ed. ePraxis, 2013, 232 pp.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “El registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”, en DIAZ RUIZ, Emilio (coord.): *Códigos de Conducta y Préstamos Hipotecarios*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 47-67.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “La protección extrajudicial de los consumidores: la calificación registral de las cláusulas abusivas”, *BCRE* n.º 170, 2010, pp. 1.687-1.710.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: “Proteger al consumidor hipotecario”, *Cinco Días*, 9 de abril de 2013.

WALDNER, W. en PRÜTTING, Hanns, WEGEN, Gerhard y WEINREICH, Gerd: *BGB Kommentar*, Colonia: Luchterhand Verlag, 2013 (8.ª ed.), 3.740 pp.

WOLFF, Martin en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III (Derecho de cosas), I, PUIG BRUTAU, José (trad.), Barcelona, 1937 (3.ª ed.), p. 215.

YAÑEZ EVANGELISTA, Javier: “Efectos del concurso sobre las acciones individuales”, en DELGADO NIETO, Carlos (coord.): *Derecho Concursal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 227-260.

YSÀS I SOLANES, María: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de

junio de 1989. Cesión de crédito hipotecario. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Legitimación activa”, *CCJC* n.º 21, 1989, pp. 775-788.

YSÀS I SOLANES, María: Comentario a la RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239), *CCJC* n.º 36, 1994, pp. 835-848.

ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: Comentario a la RDGRN de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/5345), *CCJC* n.º 32, 1993, pp. 714-719.

* * *